

# **Arbeidsgivers adgang til å endre de ansattes pensjonsordning**

Kandidatnummer: 409

Veileder: Henning Jakhell

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 17898 ord

27.11.2006

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>5</b>
<b>1.1</b>	<b>Problemstilling og tema</b>	<b>5</b>
<b>1.2</b>	<b>Aktualitet og avgrensninger</b>	<b>5</b>
1.2.1	Aktualitet og relevans	5
1.2.2	Avgrensninger	7
<b>1.3</b>	<b>Nærmere om de underliggende hensyn</b>	<b>9</b>
1.3.1	Hensynet til arbeidstaker	9
1.3.2	Hensynet til arbeidsgiver	10
1.3.3	Samfunnshensyn	11
1.3.4	Det avtalerettslige særegne ved arbeids- og pensjonsavtaler	12
<b>1.4</b>	<b>Metodespørsmål</b>	<b>12</b>
1.4.1	Generelt	12
1.4.2	Om forholdet til EU- og EØS-kildene	13
1.4.3	Juridiske artikler	13
1.4.4	Uttalelser fra forvaltningen	13
<b>1.5</b>	<b>Den videre fremstilling</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b><u>OVERSIKT OVER DE ULIKE PENSJONSORDNINGENE</u></b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>Generelt</b>	<b>15</b>
<b>2.2</b>	<b>Sentrale begreper</b>	<b>16</b>
2.2.1	Individuelle og kollektive pensjonsordninger	16
2.2.2	Bruttoordninger	16
2.2.3	Nettoordninger	17
2.2.4	Pensjonskasser og pensjonsforsikring	17
2.2.5	Fripolise og pensjonskapitalbevis	18
<b>2.3</b>	<b>Pensjonsordninger</b>	<b>18</b>
2.3.1	Ytelsesbaserte ordninger	18
2.3.2	Innskuddsbasert pensjonsordning	19

2.3.3	Obligatorisk tjenestepensjon (OTP)	20
2.3.4	Avtalefestet pensjon (AFP)	21
<b>3</b>	<b><u>PENSJONSRETTIGHETENES RETTSLIGE STILLING</u></b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>Pensjonsordningenes rettslige karakter</b>	<b>22</b>
3.1.1	Rettighetsbegrepet	22
3.1.2	Utgjør pensjonsordningen en rettighet for arbeidstakerne?	23
3.1.3	Spesielt om endringsforbehold i kontrakt	27
3.1.4	Pensjonsrettighetens status i avtaleforholdet	28
3.1.5	Spesielt om tariffbaserte pensjonsordninger	31
<b>3.2</b>	<b>Arbeidsgivers adgang til å endre pensjonsordningen ensidig</b>	<b>33</b>
3.2.1	Endringsadgangen – noen utgangspunkter	33
3.2.2	Endring i kraft av styringsretten	34
3.2.3	Endring ved kontraktsrevisjon	36
3.2.4	Endring av pensjonsordningen ved bruk av endringsoppsigelse	39
<b>4</b>	<b><u>ENDRINGSADGANG VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE</u></b>	<b>40</b>
<b>4.1</b>	<b>Generelt om arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelse</b>	<b>40</b>
<b>4.2</b>	<b>Bakgrunn for og utvikling av pensjonsunntaket</b>	<b>42</b>
4.2.1	Generelt	42
4.2.2	Gjeldende rett i Norge før innføringen av pensjonsunntaket	44
4.2.3	Rekkevidden av pensjonsunntaket i forhold til fremtidig opptjening	45
4.2.4	Bakgrunn for bestemmelsen i ny arbeidsmiljølov	47
<b>4.3</b>	<b>Hovedregelen etter arbeidsmiljøloven §16-2 (3)</b>	<b>50</b>
4.3.1	Hvilke pensjonsordninger bestemmelsen omfatter	50
4.3.2	Retten til fremtidig opptjening overføres	54
<b>4.4</b>	<b>Unntakene fra hovedregelen om overføring av pensjonsordningen</b>	<b>55</b>
4.4.1	Generelt	55
4.4.2	Unntak der arbeidsgiver har pensjonsordning fra før	55
4.4.3	Unntaket for ikke-overførbare ordninger	57
4.4.4	Hvilken realitet er det i den speilvendte hovedregel	57
<b>4.5</b>	<b>Spesielt om tariffestede pensjonsordninger</b>	<b>59</b>
4.5.1	Generelt	59

4.5.2	Særlige spørsmål i forhold til AFP	60
4.6	Fusjon – rekkevidden av det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp	61
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>64</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>REGISTER</u></b>	<b><u>66</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Problemstilling og tema

Problemstillingen for oppgaven er *arbeidsgivers rettslige adgang til å endre de ansattes pensjonsordning ensidig*. Dette er i første omgang et spørsmål om pensjonsordningen *kan* endres ensidig av arbeidsgiver, og i de tilfeller der arbeidsgiver har en slik endringsadgang, er det av interesse å vurdere *omfanget* av, og grensene for, denne endringsadgangen. Spesialreglene i arbeidsmiljøloven, som regulerer arbeidsgivers adgang til å endre pensjonsordningen i forbindelse med virksomhetsoverdragelse, har en sentral plassering i denne fremstillingen.

Fremstillingen har en arbeidsrettslig vinkling, men emnet har imidlertid berøringspunkter til flere rettsområder. Store deler av pensjonssystemet er regulert i ulike pensjonslover. Pensjonslovene setter visse rammer for arbeidsgivers mulighet til å velge pensjonsordning og for innholdet av ordningen. Ofte inntas pensjonsordningen som en del av avtalegrunnlaget som binder arbeidsgiver og arbeidstaker sammen. Rammen for hva som kan avtales, ligger i alminnelige avtalerettslige regler, og i preseptorisk lovgivning slik som arbeidsmiljøloven. Hva som i det konkrete tilfellet er bestemt av partene, vil bero på en avtalerettslig tolkning av stiftelsesgrunnlaget. I tillegg bygger flere av de impliserte reglene på EU- og EØS-direktiver, slik at disse derfor kommer inn ved tolkningen av de norske reglene.

### 1.2 Aktualitet og avgrensninger

#### 1.2.1 Aktualitet og relevans

Arbeidsgivers adgang til å endre pensjonsordningene er en problemstilling med stor praktisk og teoretisk interesse. Pensjonsspørsmålene er av vesentlig betydning for næringslivet og for arbeidstakerne. For næringslivet er det viktig å kunne få en oversikt over pensjonsforpliktelsene, ettersom disse ofte utgjør betydelige beløp. For arbeidstaker er det viktig å vite hvilke rettigheter som kan sikres for fremtiden. I

juridisk teori er det ikke gitt noen dekkende helhetlig fremstilling av emnet, men det er behandlet på generelt nivå i kommentarutgavene til arbeidsmiljøloven. Det er skrevet flere artikler i juridiske tidsskrifter som tar for seg deler av emnet, men ingen av disse gir noen fullstendig fremstilling av emnet. Mangelen på helhetlige teoretiske fremstillinger, kombinert med temaets skjæringspunkt til mange spesiallover, gjør emnet noe tungt angripelig. Flere av de viktige spørsmålene må, som fremstillingen vil vise, anses uavklarte. De usikre spørsmål vil bli reist, og relevante momenter for vurderingen vil bli trukket frem. Men da flere av spørsmålene oppgaven reiser er uavklarte, vil det vanskelig la seg gjøre å konkludere med sikre svar om rettstilstanden i forhold til alle problemstillingene.

Arbeidsgivers adgang til å endre pensjonsordningen er en underproblemstilling i det overordnede spørsmål om arbeidsgivers adgang til å endre vilkår i et arbeidsforhold. Momenter for eller mot adgangen til ensidig endring av andre arbeidsvilkår vil derfor også kunne belyse vurderingstemaene for oppgavens problemstillinger.

Det er for tiden stor utvikling i pensjonslovgivningen. Pensjonsreformen<sup>1</sup> innebærer en revisjon av folketrygden m.m., og innføringen av lov om obligatorisk tjenestepensjon (OTP) kom som et ledd i pensjonsreformen. For øvrig ble lov om innskuddspensjon (innskuddspensjonsloven) og lov om foretakspensjon (foretakspensjonsloven) innført i 2000, se punkt 2.3. Det er for tiden et økende samfunnsfokus på pensjonsrettighetenes betydning. Dette reflekteres i lovgivers og regjeringens aktivitet innenfor området, samfunnsdebatten, samt arbeidsgiveres og arbeidstakeres økende vilje til å sette seg inn i spørsmålene.

Spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å endre pensjonsrettighetene til de ansatte i forbindelse med virksomhetsoverdragelse har fått ny aktualitet, både i forbindelse med revisjonen av arbeidsmiljøloven som ble ferdigstilt i 2005, og i forbindelse med OTP. Se nærmere om disse spørsmålene nedenfor under punkt 4.

---

<sup>1</sup> St.meld.nr.12(2004-2005) s.10.

For øvrig kan nevnes at det i november 2006 ble sendt ut forslag til nye regnskapsrutiner vedrørende balanseføring av ytelsesbaserte pensjonsforpliktelser. Endringene som foreslås, medfører at bedriftene i større grad enn tidligere må synliggjøre fremtidige pensjonsforpliktelser i regnskapene. Dette vil kunne føre til at flere virksomheter velger å gå over til innskuddsbaserte pensjonsordninger for å unngå den regnskapsmessige reduksjonen i selskapenes egenkapital disse endringene vil medføre. Dette aktualiserer spørsmålet om arbeidsgivers endringsadgang for disse selskapene.<sup>2</sup>

### 1.2.2 Avgrensninger

Problemstillingen i oppgaven er begrenset til å gjelde pensjonsordninger som er helt eller delvis finansiert av arbeidsgiver. Med pensjonsordning siktes det i denne oppgaven til ordninger som gir rett til pensjonsutbetalinger utover folketrygdens ytelser. Ytelser i henhold til lov om Statens Pensjonskasse behandles heller ikke særskilt, ettersom arbeidsgiver, i dette tilfellet staten, er bundet av lovgivningen med hensyn til hvem som skal være med i ordningen, hvilken opptjening de har krav på, og ordningens nærmere vilkår.

Oppgaven behandler kun rett til videre opptjening i pensjonsordningen, ettersom arbeidstakers krav på allerede opptjent pensjon uansett er sikret, se punkt 3.1.

Det gis ikke noen generell uttømmende fremstilling av pensjonslovgivningen i Norge, men en del sentrale begreper og pensjonsordninger omtales i oppgavens kapittel 2. De tekniske regler for praktisk gjennomføring av endringer i pensjonsordningene som følger av pensjonslovgivningen, faller utenfor oppgaven, ettersom oppgaven har en arbeidsrettslig vinkling.

De generelle reglene om virksomhetsoverdragelse, herunder hvilke overføringer som faller innenfor anvendelsesområdet til arbeidsmiljøloven kapittel 16, behandles ikke i

---

<sup>2</sup> Høringsutkast til Veiledning – Pensjonsforutsetninger, nov.2006, utarbeidet av Norsk Regnskapsstiftelse.

denne oppgaven. Under oppgavens kapittel 4 forutsettes det dermed at vi står overfor en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

Spørsmål knyttet til virksomhetsoverdragelse over landegrenser vil langt på vei bli et lovvalgsspørsmål. Noen andre problemstillinger kunne tenkes reist i denne sammenheng, for eksempel i forhold til anvendelsen av unntaket for ikke-overførbare ordninger, se punkt 4.4.3. Det må imidlertid avgrenses mot spørsmålene knyttet til virksomhetsoverdragelse over landegrenser av hensyn til oppgavens omfang.

I forhold til tariffestede pensjonsordninger reiser det seg noen særlige problemstillinger. I oppgavens kapittel 3, behandles tariffbaserte pensjonsordninger ikke under punkt 3.2 om arbeidsgivers generelle endringsadgang, siden endringsadgangen for disse ordningene er særskilt regulert. Under oppgavens kapittel 4.5 reises noen problemstillinger knyttet til spesialreglene som gjelder for tariffestede pensjonsordninger ved virksomhetsoverdragelse, herunder enkelte spørsmål knyttet til AFP, se punkt 4.5.2. Behandlingen av spørsmål knyttet til tariffbaserte pensjonsordninger er begrenset også av hensyn til oppgavens omfang. Mer sentralt for fremstillingen er de alminnelige pensjonsordninger som ikke bygger på tariff, men på det alminnelige avtaleforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Når det i fremstillingen vises til kollektive pensjonsordninger, er dette kollektive ordninger som ikke er tariffbaserte, med mindre annet særskilt fremkommer.

Ettersom oppgavens tema er arbeidsgivers rettslige adgang til å endre pensjonsordningene, og grensene for denne endringsadgangen, vil oppgaven være begrenset til å omhandle *adgangen* til å endre ordningene. Fremstillingen inneholder derfor ikke noen redegjørelse for rettsvirkninger av arbeidsgivers eventuelle urettmessige endringer.



### 1.3 Nærmere om de underliggende hensyn

#### 1.3.1 Hensynet til arbeidstaker

Arbeidstaker er i de fleste tilfeller å anse som den svake part i et ansettelsesforhold. Norsk arbeidsmiljølovgivning har som følge av denne ubalansen mellom avtalepartene en rekke preseptoriske lovregler som har til formål å beskytte arbeidstaker, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9, som fastslår utgangspunktet om at arbeidsmiljølovens regler ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst.

Det viser seg ofte i praksis at arbeidstakerne ikke prioriterer å sikre pensjonsrettigheter ved inngåelse av arbeidskontrakter.<sup>3</sup> Dette innebærer at arbeidsavtalene ofte er tause hva angår pensjonsrettigheter, og at det som eventuelt er inntatt, er vagt og gir lite veiledning når man skal fastslå pensjonsrettighetenes innhold og omfang. Arbeidskontraktens ordlyd vil ofte være avgjørende for hva arbeidstakerne har krav på utover de lovfestede rettigheter, se punkt 3.1.2.

Pensjonsrettighetene har stor faktisk betydning for arbeidstakerne. Ettersom pensjonsalderen er synkende, og levealderen er stigende, er utviklingen at pensjonsutbetalingene utgjør en økende del av den totale inntekten arbeidstakerne har i løpet av livet. Den totale størrelsen på pensjonsutbetalingene burde tilsi større interesse for pensjonsrettighetene under arbeidskontraktsforhandlinger enn de så langt har hatt.

Vernet av arbeidstakers pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse har endret seg over tid. I den gamle arbeidsmiljøloven var rett til fremtidig opptjening etter kollektive pensjonsordninger unntatt fra vernet de øvrige rettighetene hadde i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Dette omtales som pensjonsunntaket. Unntaket var begrunnet i praktiske hensyn, se mer om dette under pkt. 1.3.2 og 4.2. Ved innføringen av den nye arbeidsmiljøloven var hensikten å gi også disse rettighetene beskyttelse, jfr. punkt 4.2.4. Begrunnelsen for å oppheve pensjonsunntaket var å beskytte arbeidstakernes rettigheter.<sup>4</sup> Det vises også i forarbeidene til at ”et viktig formål bak pensjonslovene [er]

---

<sup>3</sup> Se for eksempel vurderingene i NOU 2005:15 s.78 flg., og det tallmateriale dette bygger på, s.53 flg.

<sup>4</sup> NOU 2004:5 s.379.

at selskapsrettslige disposisjoner skal ha minst mulig virkning for de ansattes pensjonsforhold.”<sup>5</sup>

Når man sammenholder pensjonsrettighetenes store betydning med det relativt lave bevissthetsnivået rundt spørsmålet, samt at det faktisk kan være vanskelig for arbeidstaker å ha oversikt over pensjonsrettighetene, ser vi at det kan være hensiktsmessig å beskytte disse rettighetene gjennom preseptorisk lovgivning.

### 1.3.2 Hensynet til arbeidsgiver

Generelt kan man si at arbeidsgiver kan ha praktiske og økonomiske motiver for å endre de ansattes pensjonsordning. De økonomiske begrunnelser arbeidsgiver har for å endre pensjonsordningen, kan være alt fra ønsket om å øke et allerede høyt overskudd, til å redde en bedrift fra konkurs. Det er klart at den økonomiske situasjonen til den aktuelle bedriften vil ha betydning for vurderingen av arbeidsgivers interesse, sett i forhold til arbeidstakernes interesse. Av praktiske hensyn vil det kunne være ønskelig å samle arbeidstakerne i samme pensjonsordning, for å slippe å administrere flere parallelle ordninger. Også hensynet til å kunne forutberegne pensjonsforpliktelsene vil kunne gi arbeidsgiver et ønske om å gå over fra ytelsesbasert til innskuddsbasert pensjonsordning, både av praktiske og økonomiske hensyn. I tillegg vil hensynet til å likebehandle arbeidstakerne kunne tale for en viss endringsadgang.

Ved virksomhetsoverdragelse kommer de samme hensyn inn, men muligens med noe annen vekt og en noe annen begrunnelse. Her kommer de overordnede ønsker om ikke å hindre omsetning, samt nødvendig utvikling og omstrukturering av selskaper i næringslivet, som følge av uoversiktlige økonomiske forpliktelser eller praktisk tyngende problemer ved at pensjonsordninger må overtas. Hensynet til arbeidsgiver var en av hovedbegrunnelsene bak pensjonsunntaket i den gamle arbeidsmiljøloven. Det var særlig de praktiske problemer man eventuelt ville påføre den nye arbeidsgiver, som her ble trukket frem.<sup>6</sup> I forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven påpekes det at den nye

---

<sup>5</sup> NOU 2004:5 s.380, jfr. Ot.prp.nr.47(1998-1999) kap.1.14.

<sup>6</sup> ALLU-U s.2.

pensjonslovgivningen antas å ha bygget ned de praktiske barrierer som begrunnet pensjonsunntaket. Lovgiver går med denne begrunnelsen inn for å oppheve pensjonsunntaket, se nedenfor punkt 4.2.4.<sup>7</sup>

Domstolene har også påpekt de praktiske problemer arbeidsgiver blir stilt overfor dersom pensjonsordninger må overføres i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. I Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund-saken) uttaler førstvoterende følgende på side 1976:

”Det er uklart hva det nærmere ville innebære hvis Stavanger Catering skulle overta plikten til å betale premie til Eidesunds pensjonsordning, og løsningen synes i alle fall å reise betydelige forsikringstekniske og praktiske problemer.”<sup>8</sup>

### 1.3.3 Samfunnshensyn

Pensjonsrettigheter reiser viktige samfunnsøkonomiske og sosialpolitiske spørsmål. De verdier som berøres når man regulerer pensjonsrettighetene, er betydelige. Det er derfor særlig viktig at konsekvensene søkes kartlagt før man foretar endringer i den rettslige reguleringen på området.

Dersom arbeidstakerne kommer i en økonomisk svak posisjon i pensjonsalderen som følge av dårlige pensjonsordninger, vil dette kunne påføre samfunnet betydelige utgifter som følge av økt belastning på velferdssystemet. Dette tilsier at arbeidstakernes pensjonsrettigheter bør sikres best mulig, for at samfunnet ikke unødig skal påføres slike kostnader.

I forbindelse med Pensjonsreformen er det innhentet tallmateriale vedrørende pensjonskostnader, fra Statistisk sentralbyrå.<sup>9</sup> Av interesse kan nevnes at den prosentvise delen av befolkningen over 65 år, regnet som andel av befolkningen i yrkesaktiv alder, er forventet å øke fra 22 til 40 prosent innen år 2050. Dette er en følge av økt levealder, samt at de store fødselskullene fra 1945 til 1970 går inn i pensjonsalder i denne perioden. Dette vil gi en betydelig økt belastning på pensjonssystemene. I

---

<sup>7</sup> NOU 2004:5 s.380.

<sup>8</sup> Se mer om dommen nedenfor under punkt 4.2.

<sup>9</sup> St.meld.nr.12(2004-2005) s.28 flg.

tillegg gjør høy lønnsvekst at belastningen på pensjonssystemene vil øke, ettersom lønnen inngår i beregningsgrunnlaget for ytelsesbaserte pensjoner.

#### 1.3.4 Det avtalerettslige særegne ved arbeids- og pensjonsavtaler

Arbeidsavtaler er kjennetegnet ved at de normalt er ment å vare over svært lang tid. Arbeidsforholdene avtalene regulerer, legger dessuten beslag på en stor del av folks hverdag. Med hensyn til tidsaspektet og en bevissthet om at forhold endrer seg over tid, er avtalene derfor på visse vilkår oppsigelige.<sup>10</sup> Se arbeidsmiljølovens kapittel 15.

Pensjonsavtaler kommer i en særstilling sammenliknet med andre avtaler. Normalt inngås avtaler om ytelse og motytelse, der disse ligger relativt nært hverandre i tid, slik tilfellet er for en avtale om arbeidsinnsats mot lønnsutbetaling. Pensjonsavtaler bygger på at man yter gjennom sitt yrkesaktive liv og løpende opptjener krav på en utbetaling som, spesielt i starten av karrieren, ligger svært langt inn i fremtiden. Denne tidsmessige avstanden til utbetalingen kan trolig langt på vei forklare arbeidstakernes beskjedne bevissthetsnivå vedrørende sikring av pensjonsrettighetene.

Avtaler om pensjonsutbetaling er ofte tredjemannsavtaler. Arbeidstakers krav overfor forsikringsselskapet gjelder imidlertid kun utbetaling av opptjente rettigheter. I denne fremstillingen er det retten til fremtidig opptjening som omhandles, og dette er et krav arbeidstakerne eventuelt har overfor arbeidsgiver. At avtalene ofte er tredjemannsavtaler, får således ikke betydning for de spørsmål oppgaven reiser.<sup>11</sup>

### 1.4 Metodespørsmål

#### 1.4.1 Generelt

Det ligger utenfor oppgaven å redegjøre for alminnelig rettskildelære, herunder generell anvendelse av EØS-rett. Det vil imidlertid reise seg noen spesielle metodiske spørsmål,

---

<sup>10</sup> Se for eksempel NOU 2004:5 s.289.

<sup>11</sup> Woxholth s.232 flg.

som omtales nedenfor i dette kapittelet. For øvrig vil enkelte rettskildespørsmål behandles løpende i fremstillingen.

#### 1.4.2 Om forholdet til EU- og EØS-kildene

De norske regler om virksomhetsoverdragelse bygger på EU-direktiver, som gjennom EØS-avtalen er relevante for norsk rett. Det er under de norske lovforarbeidene vist til forarbeider til EU-direktivene om virksomhetsoverdragelse.<sup>12</sup> Det er ved behandlingen av disse viktig å merke seg den rettskildemessige betydningen av forarbeider i EU-retten. Forarbeidene tillegges vesentlig mindre vekt i EU-retten enn i norsk intern rett.<sup>13</sup> Flere av forarbeidene til direktivene om virksomhetsoverdragelse i tillegg upubliserte, noe som svekker vekten ytterligere. Tolkning av EF-domstolens og EFTA-domstolens dommer og uttalelser, har ikke reist noen spesielle metodeproblemer i denne oppgaven.

#### 1.4.3 Juridiske artikler

Juridisk teori er generelt ikke en rettskilde med stor vekt. På områder der det eksisterer få andre rettskilder, vil man imidlertid kunne tillegge juridisk teori betydning. For en vurdering av den generelle rettskildeverdien av juridisk litteratur, viser jeg til rettskildelæren.<sup>14</sup> Denne fremstillingens tema er ikke inngående behandlet i arbeidsrettslig litteratur. Det foreligger derimot flere juridiske artikler innenfor temaet. Synspunkter fra slike artikler, må normalt tillegges lavere vekt enn tradisjonell juridisk litteratur. Artikler vil i praksis ofte ha større argumentasjonsverdi enn rettskildeverdi.

#### 1.4.4 Uttalelser fra forvaltningen

I arbeidsrettslige kilder finnes det lite veiledning for hvordan uttrykket kollektiv ordning etter arbeidsmiljølovens § 16-3, skal oppfattes, se nedenfor punkt 4.3.1. I forhold til skattereglene for skattefaviserte pensjonsordninger og forsikringsavtalelovens regler om kollektive forsikringer, har henholdsvis

---

<sup>12</sup> ALLU-U s.5.

<sup>13</sup> Sejersted s.54.

<sup>14</sup> Se for eksempel Eckhoff s.269 flg.

Finansdepartementet og Kredittilsynet avgitt uttalelser om hvordan uttrykket *kollektiv ordning* etter deres oppfatning skal forstås. Det er klart at forvaltningens oppfatning ikke uten videre kan legges til grunn for forståelsen av begrepet kollektiv ordning i arbeidsmiljølovens forstand. Det kan være andre hensyn som begrunner forståelsen av uttrykket i disse lovene, enn de hensyn som gjør seg gjeldende for forståelsen av uttrykket i arbeidsrettslig forstand. På den annen side er det relevant å se hen til betydningen i forsikringsavtaleloven og skattereglene, fordi de omhandler det samme begrepet, og derfor kan belyse spørsmålet med relevante momenter. Det vil også ut fra et harmoniseringshensyn ha en verdi om uttrykkene benyttes på samme måte. Historisk sett har for øvrig skattereglene i stor grad lagt rammene for utviklingen av pensjonsordningene, for eksempel reglene om tjenstepensjon etter skatteloven (TPES-ordningene), se nedenfor punkt 2.3.1.

Vekten av Lovavdelingens uttalelse knyttet til aksjelovens kontinuitetsprinsipp, behandles nedenfor punkt 4.6.

For en generell redegjørelse av betydning av forvaltningens uttalelser, se for eksempel Eckhoff.<sup>15</sup>

## 1.5 Den videre fremstilling

I oppgavens kapittel 2 gis en oversikt over begreper og pensjonsordninger som er sentralt bakgrunnsstoff for den videre drøftelsen under kapittel 3 og 4. Under oppgavens kapittel 3 gis først en redegjørelse for når en arbeidstaker vil ha krav på å beholde en pensjonsordning, altså når ordningen er en rettighet for arbeidstakeren. Videre drøftes arbeidsgivers styringsrett, og behov for å utøve denne, i forhold til arbeidstakernes krav på pensjonsordning, og behov for beskyttelse av sine rettigheter. Under kapittel 3.2 drøftes arbeidsgivers mulighet til å fri seg fra en pensjonsordning som arbeidstakerne i utgangspunktet har krav på å få opprettholdt. Endringsadgangen bygger her eventuelt på kontraktsrevisjon og bruk av endringsoppsigelse.

---

<sup>15</sup> Eckhoff s.230 flg.

Spesialreglene i arbeidsmiljøloven, som regulerer rettighetsovergang ved virksomhetsoverdragelse, behandles inngående under oppgavens kapittel 4. Avslutningsvis trekkes noen oppsummerende hovedlinjer under kapittel 5.

## **2 Oversikt over de ulike pensjonsordningene**

### **2.1 Generelt**

I staten er tjenestepensjon for ansatte lovfestet i lov om Statens Pensjonskasse av 1949.<sup>16</sup> I kommunal og fylkeskommunal sektor er pensjonsordningene i hovedsak tariffestede. Det er med hjemmel i kommuneloven gitt forskrift som regulerer ytelsene.<sup>17</sup> I det følgende behandles kun private ordninger, med unntak av problemstillingen under punkt 4.4.3, hvor overføring mellom offentlig og privat sektor omhandles. Denne avgrensningen er inntatt fordi statlige pensjonsordninger fullt ut er lovregulerte, og kommunale pensjonsordninger er tariffestede med forskriftsregulering. Reglene for endring av disse ordningene skiller seg derfor fra oppgavens tema, som i hovedsak er rettet mot de private ordningene, ettersom disse som tidligere nevnt er avtaleregulerte, eventuelt dels lovregulerte.

I det private benyttes tradisjonelt ytelsesbaserte kollektive og individuelle pensjonsavtaler. De kollektive avtalene er som nevnt vanligvis tredjemannsavtaler, normalt mellom arbeidsgiver og et forsikringsselskap. De individuelle avtalene er tradisjonelt topartsavtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, men kan også være tredjemannsavtaler. Etter innføringen av lov om innskuddspensjon, se punkt 2.3.2, har de innskuddsbaserte pensjonsordningene fått en betydelig markedsandel.<sup>18</sup> I 2006 kom lov om obligatorisk tjenestepensjon (OTP), som oppstiller minstekrav til pensjonsordning for private bedrifter av en viss størrelse. Innføringen av OTP har stor

---

<sup>16</sup> Etter lovens §5 kan også andre enn statsansatte gis rett til medlemskap.

<sup>17</sup> Kommuneloven §§24 og 43, Forskrift nr.374 og 375 av 22.april 1997.

<sup>18</sup> NOU 2005:15 s.47.

praktisk betydning, også for en del av de spørsmål som drøftes i oppgaven, se punkt 2.3.3 og 4.4.4. I tillegg til de lovfestede ordningene benyttes andre supplerende og alternative pensjonsordninger. Disse tilleggspensjonene kan både organiseres som kollektive og individuelle pensjonsordninger, se punkt 2.2.1.

For å gi et helhetlig bilde av de ulike pensjonsordningene, er det i det følgende inntatt en generell innføring om de vanligste begrepene og ordningene. Oppgavens kapittel 2 er således ikke bare ment å gi den strengt nødvendige informasjonen for de videre drøftelser. Intensjonen er også å gi noe generell informasjon om den norske pensjonsfloraen som et viktig bakteppe for oppgavens videre drøftelser, samt å sette det hele i en sammenheng. Den informasjonen som ikke er nødvendig for å forstå oppgaven, er fortrinnsvis satt i petit.

## 2.2 Sentrale begreper

### 2.2.1 Individuelle og kollektive pensjonsordninger

I prinsippet er en ordning kollektiv dersom den omfatter flere personer og har objektive kriterier for medlemskap. De individuelle ordningene er derimot fremforhandlet for en eller flere bestemte personer. I arbeidsrettslig sammenheng har sontringen mellom kollektive og individuelle pensjonsordninger særlig betydning i forhold til spørsmålet om overføring av rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, se punkt 4.3.1.

### 2.2.2 Bruttoordninger

Bruttoordninger er pensjonsordninger som garanterer et framtidig samlet ytelsesnivå for arbeidstaker.<sup>19</sup> Dette gjelder uavhengig av eventuelle endringer i folketrygden. Bruttoordningene oppgir altså samlet pensjonsytelse, og skal derfor i prinsippet dekke hele pensjonsbehovet til arbeidstakeren. Bruttoordninger kan enten gjelde alene, eller sammen med ytelser fra andre ordninger.

---

<sup>19</sup> St.meld.nr.12(2004-2005) s.16.



Dersom en arbeidstaker har opptjening i flere bruttoordninger, foretas en samordning av ytelsene, slik at samlet utbetaling tilsvarende arbeidstakers totale opptjening. De største bruttoordningene er i praksis Folketrygden, Statens Pensjonskasse, ordningene for kommunalt ansatte og AFP.

### 2.2.3 Nettoordninger

Nettoordninger er karakterisert ved at pensjonsytelsen er ment å være et tillegg til en eksisterende bruttoordning, for eksempel folketrygdspensjonen.<sup>20</sup> Ytelsen i en nettoordning fastsettes uavhengig av andre ytelser. Den utbetales i sin helhet, uavhengig av utbetalinger fra andre ordninger. Dette innebærer at det ikke foretas noen form for samordning, slik som det gjøres for bruttoordninger. De vanligste nettoordningene er de ytelsesbaserte pensjonsordningene i privat sektor.

### 2.2.4 Pensjonskasser og pensjonsforsikring

Pensjonsforsikring opprettes i henhold til forsikringsavtaleloven Del B. Arbeidsgiver innbetaler da en avtalt premie, mens forsikringsselskapet forpliktes til å utbetale pensjon til arbeidstakerne. Pensjonskasser er en ren spareordning, der arbeidsgiver løpende innbetaler midler som avsettes i pensjonskassen, for så å gi grunnlag for løpende pensjonsutbetalinger. Pensjonskasser er underlagt Kredittilsynets tilsyn, jfr. kredittilsynsloven §1 nr.15, og skal i henhold til foretakspensjonsloven §1-1(2)b være forsikringsteknisk oppbygget.

Så lenge pensjonsordningen er opprettet og driftet i samsvar med kravene i forsikringsloven<sup>21</sup> Del III om Pensjonsforetak, vil arbeidsgiver stå fritt til å velge hvordan pensjonsinnbetalingene skal forvaltes, med mindre annet fremkommer av avtaleforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Det reiser seg imidlertid noen spørsmål knyttet til pensjonsforsikring. I et pensjonsforsikringsforhold er forsikringsavtalepartene forsikringsselskap og arbeidsgiver, mens forsikrede er arbeidstaker. Arbeidstakers krav på pensjon retter seg mot arbeidsgiver, mens arbeidsgiver i sin tur har forsikret seg

---

<sup>20</sup> St.meld.nr.12(2004-2005) s.31.

<sup>21</sup> Lov om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet m.v. av 10. juni nr.44, 2005.

mot dette, og kravet kanaliseres videre til forsikringsselskapet. Det er imidlertid ikke nødvendigvis samsvar mellom de vilkår arbeidsgiver har i sin avtale med forsikringsselskapet, og de forpliktelser arbeidsgiver har i forhold til arbeidstaker. Litt unyansert kan man da si at arbeidsgiver vil stå ansvarlig for en eventuell diskrepans her.

### 2.2.5 Fripolise og pensjonskapitalbevis

Når arbeidstaker avslutter sitt medlemskap i en pensjonsordning, for eksempel ved skifte av jobb, utsteder pensjonsinnretningen et bevis på de pensjonsrettigheter arbeidstakeren har opparbeidet seg i pensjonsordningen. Dette beviset heter fripolise eller pensjonskapitalbevis.

Arbeidstakeren må normalt ha arbeidet i minst 12 måneder for å ha krav på å få med seg de opptjente pensjonsrettighetene.<sup>22</sup> I ytelsesbaserte foretakspensjonsordninger kalles dette beviset for en fripolise. Regler om dette er gitt i foretakspensjonsloven kapittel 4 del III. Tilsvarende skal man ha utstedt et pensjonskapitalbevis der man har hatt medlemskap i en innskuddspensjonsordning, jfr. innskuddspensjonsloven kapittel 6.

## 2.3 Pensjonsordninger

### 2.3.1 Ytelsesbaserte ordninger

Ytelsesbaserte pensjonsordninger er hovedsakelig regulert i foretakspensjonsloven. Den vanligste varianten av foretakspensjon er ytelsesbasert alderspensjon, som kjennetegnes ved at pensjonen er definert som en fastsatt ytelse, normalt som en bestemt andel av arbeidstakers lønn ved oppnådd pensjonsalder. Foretakspensjon kan imidlertid også organiseres som engangsbetalt alderspensjon.<sup>23</sup>

Lønnen defineres gjerne som siste års lønn, eller et gjennomsnitt av de 2 eller 3 siste årslønnene. Se foretakspensjonsloven §5-4. Krav til opptjeningstid for full utbetaling er normalt 30 år, men kan være opp til 40 år. Se foretakspensjonsloven §4-3. Prosentsatsen kan settes til 100% av lønnen under 6 G (folketrygdens grunnbeløp), og maksimalt 70% av lønnen mellom 6 og 12 G. Se foretakspensjonsloven §5-7.

---

<sup>22</sup> Foretakspensjonsloven §4-6 og innskuddspensjonsloven §6-1.

<sup>23</sup> Foretakspensjonsloven §2-1 (3).

Ytellesbaserte ordninger innebærer at lønnsutviklingen blir styrende for pensjonens størrelse. Når alderspensjonen er definert som en fastsatt yttelse, garantert av pensjonsinnretningen og uavhengig av den faktiske avkastningen som oppnås på de innbetalte premiene, er det arbeidsgiver som har markedsrisikoen. Arbeidsgivers utbetalinger vil bero på avkastningen av de avsatte midlene.

Pensjonen garanteres av pensjonsinnretningen, og er uavhengig av den reelle avkastningen av de innbetalte premiene. Arbeidstaker vil derfor ikke bære noen risiko for utviklingen i markedet, slik som er tilfellet ved innskuddsbaserte ordninger, se punkt 2.3.2. Dette gir arbeidstaker forutberegnelighet med hensyn til utbetalingenes størrelse. Motstykket er at arbeidsgivers utgifter er mindre kontrollerbare. Ytelsene fra foretakspensjonsordningen skal sikre arbeidstakerne rett til alderspensjon i tillegg til de ytelsene som til enhver tid utbetales i henhold til folketrygdloven, jfr. foretakspensjonsloven §2-1(1).

Skattepliktige foretak gis inntektsfradrag for tilskudd til foretakspensjonsordning som er opprettet i henhold til foretakspensjonsloven, jfr. skatteloven § 6-46. Dette omtales som skattefaviserte pensjonsordninger. Foretakspensjon etter foretakspensjonsloven skal omfatte alderspensjon, men kan også omfatte uføre- og/eller etterlattepensjon, jfr. foretakspensjonsloven §2-1 (2).

Foretakspensjonsloven erstatter de tidligere reglene for "tjenstepensjon etter skatteloven" (TPES), også kalt "1968-reglene".<sup>24</sup> Foretakspensjonsloven kapittel 13 gir regler om pensjonsordningenes stilling ved sammenslåing av foretak.

### 2.3.2 Innskuddsbasert pensjonsordning

Ved innskuddspensjonsloven ble det gitt adgang til å opprette innskuddspensjonsordninger. Disse pensjonsordningene finansieres ved at et definert beløp, fast beløp eller prosent av lønnen, avsettes som innskudd/pensjonspremie.

Foretaket (arbeidsgiver) betaler inn fastsatte årlige innskudd til pensjonsordningen, jfr. innskuddspensjonsloven §5-1. Innskuddene skal sikre arbeidstakerne rett til alderspensjon i tillegg til de ytelsene som til enhver tid utbetales i henhold folketrygdloven, jfr. innskuddspensjonsloven §2-1 (1). Innskuddene utgjør, sammen med oppnådd avkastning på de innbetalte innskuddene, arbeidstakernes pensjonskapital. Arbeidstakers årlige utbetalinger vil avhenge av pensjonskapitalens

---

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.47(1998-1999), kap.3.2.

størrelse ved oppnådd pensjonsalder, fordi arbeidstakeren ved innskuddspensjonsordninger ikke sikres en fastsatt ytelse, slik som i ytelsesbaserte pensjonsordninger. Dette innebærer at risikoen for utviklingen i markedet ligger på arbeidstaker, i motsetning til det som er tilfellet ved ytelsesbaserte ordninger, se punkt 2.3.1.

Innskuddspensjon etter innskuddspensjonsloven skal omfatte alderspensjon, men kan også omfatte uføre- og/eller etterlattepensjon, jfr. innskuddspensjonsloven §§2-1 og 2-4. Skattepliktige foretak gis skattemessig fradrag for tilskudd til innskuddspensjonsordning som er opprettet i henhold til innskuddspensjonsloven, jfr. skatteloven §6-46. Innskuddspensjonsloven kapittel 11 gir regler om pensjonsordningenes stilling ved sammenslåing av foretak.

Noen bedrifter benytter også såkalte parallelle eller valgfrie ordninger. Dette betyr at de ansatte kan velge mellom ytelses- og innskuddsbaserte ordninger. Andre bedrifter har kombinerte løsninger, som betyr at pensjonsordningen for de ansatte består i en blanding av ytelses- og innskuddsbaserte ordninger.<sup>25</sup>

### 2.3.3 Obligatorisk tjenestepensjon (OTP)

Ved lov om obligatorisk tjenestepensjon ble det innført obligatorisk tjenestepensjon for i praksis nesten alle bedrifter med minst to ansatte, se lovens virkeområde i §1. Loven innfører plikt til å ha en pensjonsordning, jfr. §2, og oppstiller i §4 minstekrav til denne pensjonsordningen. Minstekravene innebærer at bedrifter som omfattes av ordningen, må avsette 2 % av lønnen til de ansatte innenfor 1 til 12 G. Alle bedrifter skal ha opprettet pensjonsordning som tilfredsstiller loven, innen utgangen av 2006.

Opptjeningen gjelder fra 1. juli 2006.<sup>26</sup>

Innføringen av OTP får stor praktisk betydning. I følge tall fra NOU 2004:5, s. 375 var kun 35% av arbeidstakere i privat sektor medlem av tjenestepensjonsordning utover folketrygden i 1998. 970.000 sysselsatte lønntakere var uten slik tjenestepensjonsordning ved utgangen av 1998. Ved innføringen av OTP vil de aller fleste arbeidstakere sikres rettigheter etter lovens minimumskrav.

---

<sup>25</sup> Innskudds- og foretakspensjonsloven kap. II og III.

<sup>26</sup> Lov om obligatorisk tjenestepensjon §9.

Innføringen av OTP får stor betydning for arbeidsgivernes mulighet til å gjøre gjeldende eksisterende pensjonsordning for arbeidstakere som innlemmes i virksomheten i forbindelse med virksomhetsoverdragelse, se punkt 4.4.2.

#### 2.3.4 Avtalefestet pensjon (AFP)

Avtalefestet pensjon (AFP) er en tariffbasert førtidspensjonsordning, som gir adgang til å gå av med pensjon ved fylte 62 år. Ordningen ble innført ved lønnsoppgjøret i 1988, med ikrafttreden 1. januar 1989, etter avtale mellom LO og NHO.

Tariffavtalen gjelder for alle arbeidstakere i LO/NHO-området. Den omfatter ansatte i bedrifter utenfor NHO, dersom LO er avtalepart, samt i NHO-bedrifter hvor AFP-ordningen er en del av avtaleverket med andre organisasjoner, som for eksempel med YS. Det ble samtidig innført AFP i offentlig sektor. Det er senere innført AFP for flere organisasjoner.<sup>27</sup>

Pensjonsalderen ble opprinnelig satt til 66 år. I 1990 ble pensjonsalderen senket til 65 år, i 1993 til 64 år og i 1997 til 63 år. Fra 1. mars 1998 ble pensjonsalderen satt ned til 62 år. Arbeidstakere som er omfattet av ordningen, velger selv om de vil benytte seg av adgangen til førtidspensjon. Arbeidstakeren må være formelt og reelt ansatt, og må ha vært omfattet av ordningen i minst to år.<sup>28</sup> Det stilles i tillegg krav til ansettelsestid og minimumsinntjening.

AFP-ordningen i privat sektor finansieres dels av arbeidsgivers premieinnbetaling og dels av staten, blant annet ved at staten dekker 40 prosent av utbetalingene fra 64 til 67 år.<sup>29</sup> I tillegg gis det skattelette ved utbetalinger fra ordningen.<sup>30</sup> AFP-ordningen garanterer arbeidstakers utbetaling frem til 67 år, slik at ytelsene ikke avhenger av arbeidsgivers innbetalinger.

Det er viktig å merke seg at avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver om å gå av på AFP, ikke kan inngås mer enn seks måneder før fratreden. Inngås slik avtale mer enn seks måneder før, vil ordningen ikke være omfattet av AFP, og vil i prinsippet måtte dekkes fullt ut av arbeidsgiver.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Vedtekter for fellesordningen for avtalefestet pensjon (Vedtektene), §4.

<sup>28</sup> Vedtektene, §6.

<sup>29</sup> Se lov om statstilskott til ordninger for avtalefestet pensjon.

<sup>30</sup> Skatteloven §5-15.

<sup>31</sup> Vedtektene, §6 og Jakhelln, 2006,kap.4.23.1.

### **3 Pensjonsrettighetenes rettslige stilling**

#### **3.1 Pensjonsordningenes rettslige karakter**

##### **3.1.1 Rettighetsbegrepet**

Før man vurderer endringsadgang i forhold til pensjonsordninger, må man ta stilling til om ordningen er å anse som en rettighet for arbeidstakerne, og eventuelt hva som er innholdet av denne rettigheten. Dersom pensjonsordningen ikke er å anse som en rettighet, vil naturlig nok ikke arbeidsgiver ha noen plikt til å opprettholde ordningen.

Ordningen kan da endres i kraft av styringsretten, se nedenfor punkt 3.2.2.

Arbeidsgivers endringsadgang og omfanget av denne blir prinsipielt sett først utfordret dersom man kan fastslå at pensjonsordningen er en rettighet for arbeidstakerne.

Spørsmålet om hvilke grunnlag som eventuelt kan åpne for en slik endringsadgang, behandles under punkt 3.2.

Pensjonsordningen er en rettighet for arbeidstakerne når de har et rettskrav overfor arbeidsgiver knyttet til fortsatt opptjening i gjeldende pensjonsordning. Arbeidsgiver har i så fall en korresponderende plikt til å opprettholde ordningen med innbetalinger, i den utstrekning som følger av rettigheten.

Spørsmålet om rett til allerede opptjent pensjon, og eventuelt hva som er opptjent, er ikke tema for denne oppgaven. Det som er opptjent, vil være sikret ved at arbeidstaker har eiendomsrett til allerede opptjent pensjon.<sup>32</sup> Dersom en pensjonsordning avvikles eller endres, skal allerede opptjente rettigheter fremkomme av utstedt fripolise. Se ovenfor punkt 2.2.5.

Lovfestede pensjonsrettigheter faller utenfor denne fremstillingen, fordi disse naturlig nok ikke kan endres av arbeidsgiver, med mindre endringsadgangen fremkommer av

---

<sup>32</sup> Se foretakspensjonsloven §4-6 jfr. §4-7 og innskuddspensjonsloven §6-1 jfr. §6-2.

lovteksten. For betydningen av innføringen av OTP, se punkt 2.3.3. Tariffbaserte pensjonsrettigheter behandles under punkt 3.1.5.

Det er de avtaleforankrede pensjonsrettighetene, både kollektive og individuelle, som behandles i det følgende. Grensedragningen mellom kollektive og individuelle rettigheter gjøres det nærmere rede for nedenfor under punkt 4.3.1.

Det kan videre være forskjell på om arbeidstakerne har rett til å opprettholde en pensjonsordning, altså ordningens eksistens, eller om det også foreligger rett til den konkrete pensjonsordningen med det bestemte innholdet, altså kvalitativt den samme ordning. Dette omtales under punkt 3.1.2.

Innføringen av ny arbeidsmiljølov medførte en rekke endringer i gjeldende rett, jfr. nedenfor under punkt 4.2.4. Det var imidlertid ikke meningen å endre hva som skal anses som en rettighet, verken i forhold til pensjonsordningene eller i forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse, se nedenfor punkt 4.2.4. Eldre rettspraksis er derfor fullt ut relevant ved fastleggelsen av rettighetsbegrepets innhold og omfang.<sup>33</sup>

### 3.1.2 Utgjør pensjonsordningen en rettighet for arbeidstakerne?

Spørsmålet om det foreligger en rettighet, er en sammensatt vurdering som beror på en rekke momenter. I det følgende skal jeg gjennomgå de relevante momentene, samt vektingen av disse, som legges til grunn for å vurdere hvorvidt pensjonsordningen utgjør en rettighet for arbeidstakerne, og eventuelt omfanget av denne rettigheten.

Etter en alminnelig språklig forståelse av ordet rettighet, vil dette forstås som noe man kan kreve oppfylt og eventuelt tvangsgjennomført, i motsetning til noe man mottar som en hyggelig gest eller gave fra en annen. Dette må også gjelde som et prinsipielt utgangspunkt her. Lovteksten i aml. §16-2 (1) refererer kun til ”rettigheter og plikter”, mens §16-2 (2) bruker ”rett til”, uten at dette gir noen videre veiledning på hva som skal til for at et arbeidsvilkår er å anse som en rettighet.

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) kap.21.

Hvorvidt den enkelte arbeidstaker har en rettighet som gir krav på fremtidig opptjening i bedriftens pensjonsordning, vil bero på en helhetsvurdering av alle relevante momenter, med utgangspunkt i stiftelsesgrunnlaget for rettigheten. Stiftelsesgrunnlaget vil normalt være arbeidsavtalen, og rettighetens eksistens og innhold vil bero på en tolkning av denne avtalen. Arbeidsavtalen skal etter aml. §14-6 (1) i inneholde bestemmelser om pensjonsinnbetalinger. Regelen er imidlertid kun en ordensbestemmelse, så det gir ingen rettsvirkninger om dette ikke inntas.<sup>34</sup>

Dersom rettighetens eksistens og innhold er klart regulert i avtalen eller liknende, er rettighetsspørsmålet lite problematisk. Et eksempel på dette er der det følger av kontrakten at arbeidstaker skal ha alderspensjon som utgjør 65 % av sluttlønnen, med opptjeningstid på 30 år. Fyller arbeidstaker vilkårene, vil han ha rettskrav på denne pensjonen.

Man kan også finne eksempler på pensjonsordninger som arbeidsgiver har opprettet ensidig som en ren administrativ ordning<sup>35</sup>, og som ikke er inntatt i arbeidskontrakter eller liknende, eventuelt som er inntatt med endringsforbehold. Dette er pensjonsordninger som arbeidstakerne normalt ikke kan knytte noe rettskrav til.

En del pensjonsordninger vil imidlertid befinne seg i grenseland mellom det som er å anse som en klar rettighet, og det som ensidig er opprettet av arbeidsgiver som en administrativ ordning. Dersom arbeidsgiver for eksempel ikke inntar noe om pensjonsordningen i arbeidsavtalene, men bruker pensjonsordningen som et argument ved lønnsforhandlinger, vil det kunne oppstå spørsmål om ordningen er blitt en rettighet for de ansatte.

Relevante momenter ved vurderingen av om det foreligger en rettighet, fremkommer av rettspraksis, hvor Rt. 2000 s. 1576 (Hakon-dommen) er en av få dommer som belyser vurderingstemaene. I denne saken oppstod et tilnærmet rendyrket spørsmål om

---

<sup>34</sup> Jakhelln 2006, s.234 flg.

<sup>35</sup> ARD 1996 s.136.



pensjonsordningen var å anse som en rettighet, og om den i så fall ikke kunne endres av arbeidsgiver.

Spørsmålet i Hakon-dommen var om bedriften Hakon Detalj AS hadde en forpliktelse overfor arbeidstakerne til å opprettholde en kollektiv pensjonsforsikring. Bakgrunnen for pensjonsordningen var at et selskap i 1978 tegnet pensjonsforsikring for sine ansatte. Etter fusjon og navneskifte i 1992 ble selskapet en del av selskapet Hakon Nord AS, som igjen fusjonerte i 1999 sammen med fire andre heleide datterselskaper i Hakon Gruppen AS. Av de opprinnelige selskapene var det kun de to minste, Hakon Nord AS og Hakon Sør AS, som hadde en kollektiv pensjonsordning. Hakon Gruppen AS skiftet etter fusjonen navn til Hakon Detalj AS. De ankende parter var opprinnelig ansatt i Hakon Nord AS, og ved søksmålet ansatt i Hakon Detalj AS. Ved fusjonen i 1999 ble avtalen med forsikringsselskapet sagt opp og arbeidstakerne fikk tilbud om å videreføre pensjonsordningen for egen regning, noe ingen av dem gjorde. Det ble utstedt fripoliser for allerede opptjente pensjonsrettigheter. Arbeidstakerne hevdet at avviklingen av pensjonsordningen var urettmessig, prinsipielt fordi det stred med de individuelle arbeidsavtalene, og subsidiært fordi avviklingen var tariffstridig. Arbeidstakerne fikk ikke medhold i sine krav verken i tingretten eller i lagmannsretten. Også Høyesterett kom enstemmig til at arbeidsgiver sto fritt til å avvikle pensjonsordningen.

Den konkrete begrunnelsen for utfaller av dommen gjør domsresultatet lite prinsipielt, fordi neste sak lett kan skilles på faktum. Uavhengig av dette er de relevante momentene retten trakk frem ved vurderingen, av prinsipiell karakter. Momentene retten la vekt på, var bakgrunnen for ordningen, om ordningen ble drøftet eller fremforhandlet, om ordningen ble opprettet ensidig, finansieringen av ordningen, hvorvidt ordningen ble benyttet som ledd i forhandlinger med arbeidstakersiden, om den ble benyttet i rekrutteringsøyemed, eller om det ble gitt informasjon til nyansatte om ordningen, samt om ordningen var omtalt i bedriftens personalhåndbok.

I Haakon-dommen var det for de senest ansatte inntatt en henvisning til pensjonsordningen i arbeidsavtalene. Det ble også sendt ut informasjonsskriv om ordningen til alle ansatte. Dette kan oppfattes som hovedargumenter for at ordningen var å anse som en rettighet. Høyesterett konstaterer at det som var inntatt i arbeidsavtalene, om *”fri tilleggspensjon etter bedriftens regler for kollektiv pensjon”*, ikke var tilstrekkelig til å gi arbeidstakerne rett til å beholde ordningen. Heller ikke informasjonsbrevet etablerte noen rettighet i forhold til ordningen. På side 1583 drøfter

førstvoterende betydningen av det som var inntatt i arbeidsavtalene, og det som stod i informasjonsbrevet:

”Det som skaper en viss usikkerhet, er imidlertid at arbeidsavtalene for de nyansatte i regnskapsavdelingen i en fire-års periode fra høsten 1994, hadde en henvisning til pensjonsordningen ved formuleringen « Fri tilleggspensjon etter bedriftens regler for kollektiv pensjon ». Antagelig samme høst ble det også utsendt et informasjonsskriv fra personalsjefen til de ansatte, der det blant annet vises til at « Hakon Nord AS [betaler] til en kollektiv pensjonsordning for sine ansatte ». Bedriftens økonomisjef og personalsjef har i sine erklæringer for Høyesterett forklart at dette var ment som en ren orientering om at bedriften hadde en pensjonsordning. Iallfall når omstendighetene for øvrig taler så vidt klart imot at bedriften var bundet, anser jeg ikke dette for å være tilstrekkelig til å etablere en forpliktelse.”

Høyesteretts drøftelse av innholdet og rettsvirkningene av det som står i avtalene, er kort og ikke spesielt avklarende i forhold til rettsstilstanden. Når det gjelder formuleringene i informasjonsskrivet, legger retten personal- og regnskapsavdelingens subjektive oppfattelse av intensjonen bak uttalelsen til grunn. Som et utgangspunkt er dette naturlig, ettersom man skal tolke avsenders mening med utsagnet. De ansattes forståelse av utsagnet, og eventuelle berettigede forventninger som følge av utsagnet, må imidlertid også vektlegges i en drøftelse av om utsagnet var rettsstiftende. Spesielt gjelder dette for formuleringen som var inntatt i avtalene til de senest ansatte. Her må alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper legges til grunn. Et annet moment av betydning er at arbeidsgiver formodentlig har utarbeidet disse formuleringene, og bærer derfor som den profesjonelle part en viss risiko for uklare formuleringer. Ytterligere momenter mot å legge ovennevnte formuleringer til grunn, anføres ikke av retten, utover å si at i alle fall når ”omstendighetene for øvrig taler så vidt klart imot at bedriften var bundet, anser jeg ikke dette for å være tilstrekkelig”. Momentene retten her viser til, som taler mot at pensjonsordningen var forpliktende for arbeidsgiver, er omtalt ovenfor i dette avsnittet. Drøftelsen som ligger til grunn for ikke å tillegge arbeidsavtalenes ordlyd og informasjonsskrivet til de ansatte større vekt, kunne med fordel vært grundigere.

I tillegg til de momenter retten her trekker frem, kan det være naturlig å anta at man bør vektlegge om ordningen er praktisert uten unntak, og om det er en ordning som har vedvart over lang tid, ut fra betraktninger om at rettigheter kan etableres ved sedvane og fast langvarig praksis.<sup>36</sup> Dette vil neppe være tilstrekkelig til å etablere en rettighet

---

<sup>36</sup> Se forutsetningsvis Jakhelln 2006 s.517, ”også rettigheter som er opparbeidet gjennom praksis [...]”.

isolert sett, men vil veie tungt dersom ordningen har eksistert uendret over lang tid og man har andre momenter som taler for at det foreligger en rettighet for de ansatte.

### 3.1.3 Spesielt om endringsforbehold i kontrakt

En vanlig formulering i arbeidskontrakter er at arbeidstaker ”skal være medlem i bedriftens til enhver tid gjeldende pensjonsordning.” Denne type formuleringer benytter arbeidsgiver for å kunne gjennomføre de endringer som er ønskelig, uten å måtte forholde seg til at arbeidstakerne mener å ha rett til en bestemt pensjonsordning. Gyldigheten og omfanget av forbeholdet vil bero på en avtalerettslig tolkning. Man vil legge det avtalte til grunn, og med dette godta at arbeidsgiver setter ned ytelsene ensidig så langt forbeholdet rekker, forutsatt at det ikke strider med preseptorisk lovgivning. Det er også mulig at formuleringen dekker de tilfeller der arbeidsgiver fjerner hele pensjonsordningen, selv om formuleringen språklig sett synes å forutsette at det skal være en pensjonsordning. Avvikling av pensjonsordningen er imidlertid mindre aktuelt etter innføringen av OTP, se ovenfor under punkt 2.3.3. Spørsmålet kan imidlertid fortsatt oppstå dersom man avvikler en ren tilleggspensjon, for eksempel ekstra lederpensjon.

Man kan de lege ferenda reise prinsipielle argumenter mot denne typen generelle forbehold. For eksempel vil det være slik at en arbeidstaker ikke alltid er i posisjon til å ivareta denne type rettigheter selv. Dette kan være fordi mange ikke er bevisste på pensjonsordningenes økonomiske konsekvenser, at utbetaling ligger langt frem i tid og at regelsettene på området er kompliserte, jfr. ovenfor under punkt 1.3.1. Spesielt bør dette kunne tillegges vekt dersom arbeidstakerne først har opparbeidet seg rett til en ordning, og arbeidsgiver senere får inn et endringsforbehold, for eksempel ved en avtalerevisjon initiert av arbeidsgiver. Man kan da tenke seg at arbeidstakerne ikke fullt ut ser konsekvensen av det forbehold som inntas, og at det derfor vil kunne være betenkelig å inkludere et slikt generelt endringsforbehold i kontrakten. I dette tilfellet er neppe dette reelle hensynet et argument som alene vil kunne underkjenne et slikt endringsforbehold, men det kan eventuelt være et tilleggsmoment, der også andre forhold spiller inn. For å tolke et slikt endringsforbehold i arbeidsgivers favør, taler

hensynet til arbeidsgivers forutberegelighet, og mulighet til å kontrollere betydelige kostnadsposter for bedriften.

I Rt. 2000 s. 1576 (Hakon-dommen) ble som nevnt formuleringen ”etter bedriftens regler for kollektiv pensjon” vurdert av Høyesterett til ikke å gi arbeidstakerne krav på noen bestemt pensjonsordning, altså at denne formuleringen ikke hindret arbeidsgiver i å endre pensjonsordningen. I denne dommen var formuleringen kun inntatt i noen få arbeidsavtaler. Saken ville muligens stilt seg annerledes dersom alle arbeidsavtalene hadde en henvisning til pensjonsordningen.

Det er klart at avtalelovens §36 og avtalerevisjonssynspunkter prinsipielt sett vil kunne tilsidesette slike forbehold. Det er imidlertid naturlig å anta at det i praksis skal mye til for at et slikt forbehold vil være så sterkt urimelig at det tilsidesettes av domstolene. Mer aktuelt vil det nok være at det oppstår tvil om tolkingen av forbeholdet, med hensyn til innhold og rekkevidde.

#### 3.1.4 Pensjonsrettighetens status i avtaleforholdet

Ved vurdering av endringsadgangen må det, som det fremkommer av den videre drøftelse, foretas ulike interesseavveininger. I den forbindelse er det viktig å vurdere pensjonsordningenes betydning for partene.

I et arbeidsforhold vil man kunne si at noen ytelser og forpliktelser utgjør kjernen i arbeidsforholdet, mens andre ytelser og forpliktelser er mer perifere. Grensen mellom kjerneytelser og mindre betydningsfulle ytelser er ikke lett å fastslå objektiv, ettersom dette vil kunne bero på individuelle vurderinger gjort av partene. Noen generelle betraktninger om hvor pensjonsordningene befinner seg i dette bildet kan imidlertid gjøres.

Kjernen i arbeidsforholdet består tradisjonelt i at arbeidstaker skal levere sin arbeidskraft i bytte mot lønn for innsatsen. Lønn er altså en kjerneytelse fra, eller en hovedforpliktelse for, arbeidsgiver. På den annen side har vi de mer perifere ytelsene, som for eksempel arbeidsgivers subsidiering av kontingent til treningsstudio for de ansatte, subsidiering av lunsj, at arbeidstakerne gis adgang til å benytte arbeidsgivers

utstyr til private formål og liknende. I en mellomkategori vil de økonomiske betydningsfulle sideytelsene være, for eksempel fri bil, fri tjenestebolig og så videre.

For å belyse problemstillingen vil jeg eksemplifisere ytterpunktene. Arbeidsgiver kan ikke ensidig, uten særskilt hjemmel i avtale eller liknende, redusere lønnsytelsene uten at dette medfører kontraktsbrudd eller at det utføres ved en endringsoppsigelse.<sup>37</sup> Derimot vil arbeidsgiver muligens kunne endre avtalen om subsidiering av medlemskap i treningsstudio, selv om dette er en rettighet for de ansatte som er nedfelt i arbeidskontrakten. En slik endring kan innebære at de ansatte for eksempel må benytte en annen treningsstudiokjede. Selv om den nye treningskjeden ikke har et eksakt likt tilbud, vil arbeidstakerne etter mitt skjønn normalt måtte godta at arbeidsgiver gjør denne endringen i kraft av styringsretten, forutsatt at annet ikke er spesifikt avtalefestet. Om ordningen ensidig vil kunne oppheves av arbeidsgiver, er et mer tvilsomt spørsmål, som vil bero på en tolkning av den rettigheten de ansatte mener å ha.

I forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven drøfter lovgiver pensjonsrettighetenes stilling sammenlignet med lønnsnivå, sett i en personalpolitisk sammenheng.<sup>38</sup>

”Selv om pensjonsrettigheter kan sies å være en særegen del av lønns- og arbeidsvilkårene, er det mye som taler for at pensjonsrettigheter ikke står i en så annerledes posisjon enn lønnsnivå i en personalpolitisk vurdering. Hva som teller mest for den enkelte arbeidstaker vil være avhengig av flere forhold, blant annet alder, sivilstand med mer. Videre er det allerede i dag slik at lønn i høy grad fastsettes individuelt og at det er til dels store lønnsforskjeller innen de samme virksomheter. Dette reduserer betydningen av at nye ansatte tar med seg gunstige pensjonsordninger inn i den nye virksomheten.”

Lovgiver mener altså at det er vanskelig å si at lønn er viktigere enn pensjonsrettigheter, og vice versa. Det vil være individuelle forhold som avgjør hva som er det viktigste for den enkelte arbeidstaker.

Evju<sup>39</sup> omtaler spørsmålet, der han sier følgende under drøftelsen av endringsadgangen:

---

<sup>37</sup> Se LB 2000 s.129. Om begrepet endringsoppsigelse, se nedenfor pkt.3.2.4.

<sup>38</sup> NOU 2004:5, s.381.

”Forsåvidt gjelder ”sidegoder” – hvor pensjonsvilkår kan være en form – er det tenkelig at det vil bli akseptert et noe større spillerom for ensidig endringsadgang enn i forhold til hovedvilkår som lønn og arbeidstid.”

Det kommer frem at Evju anser pensjonsordningen for å være en ”sideytelse” sammenliknet med lønn og arbeidstid, og at muligheten for ensidig endring derfor er større.

Hva som menes med ”arbeidstid” fremstår som noe uklart. Dersom Evju mener arbeidstid, forstått som arbeidstidens varighet, så er det mulig at dette er et mer sentralt vilkår enn pensjonsordningen. Skulle Evju imidlertid mene at arbeidsgiver har større adgang til ensidig endring av pensjonsordningen enn til å endre arbeidstiden, forstått som arbeidstidens plassering, kan jeg ikke si meg enig i vurderingen. Dette er fordi arbeidstidens plassering i flere tilfeller har blitt ansett å ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett.<sup>40</sup> Dette mener jeg ikke er tilfellet for en pensjonsordning som utgjør en rettighet for de ansatte, jfr. nedenfor punkt 3.2.2. Etter mitt skjønn skulle dette tilsi en større endringsadgang i forhold til arbeidstid enn i forhold til pensjonsrettighetene.

Vurderingen av pensjonsrettighetenes betydning kompliseres ytterligere ved at ytelsen først kommer i fremtiden, slik at arbeidstakerne, særlig de yngre, har et lavere fokus på pensjonsrettigheter enn den økonomiske betydningen av disse rettighetene skulle tilsi. Se ovenfor punkt 1.3.1.

Det er klart at pensjonsrettighetene er mer sentrale i kontraktsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker enn eksemplet med de subsidierte treningskortene. Det er naturlig å anta, ut fra beløpene som berøres, at pensjonsrettighetene ligger nært inn mot kjernen i kontraktsforholdet, jfr. lovgivers uttalelser referert ovenfor. Hvorvidt pensjonsrettighetene fullt ut kan likestilles med lønnsytelser, fremstår imidlertid som noe usikkert. At pensjonsrettighetene kan anses for å være tilnærmet like sentrale som lønnsytelsene i arbeidsforholdet, får betydning når man vurderer endringsadgangen, jfr. nedenfor under punkt 3.2.

---

<sup>39</sup> Evju 2001 s.59.

<sup>40</sup> Rt. 2001 s.418 og Jakhelln 2006 s.63.

### 3.1.5 Spesielt om tariffbaserte pensjonsordninger

I arbeidsretten er det et generelt hovedskille mellom tariffbaserte og ikke tariffbaserte ordninger. Dette skillet er også viktig når man vurderer pensjonsordningers stilling.

Tariffbaserte pensjonsordninger kommer i en særstilling i forhold til

rettighetsspørsmålet, ettersom tariffavtaler er underlagt særlige endringsrutiner.

Tariffavtalen kan endres av partene på kollektivt nivå, med umiddelbar virkning for alle impliserte arbeidsforhold. Tariffavtalen er rettslig bindende for alle arbeidsforhold som omfattes av den. Partene kan ikke endre vilkår på individuelt nivå, dersom disse vilkårene er regulert i tariff. Dette følger av at tariffavtalen er rettslig bindende og ufravikelig for alle parter, så langt tariffavtalen rekker. Ufravikelighetsprinsippet kommer til uttrykk i arbeidstvistloven §3 nr. 3 og tjenestetvistloven §13.

Er det uenighet om innholdet eller omfanget av en tariffestet pensjonsrettighet, vil dette måtte løses ved å tolke tariffavtalens bestemmelser. En eventuell tvist skal løses av Arbeidsretten, se arbeidstvistloven §7 jfr. §6 nr. 1.

Arbeidsgivers omorganisering gir ikke automatisk grunnlag for å hevde seg ubundet av tariffavtalen, se ARD 2004 s. 163. Dersom det derimot foreligger et reelt skifte av arbeidsgiver, følger tariffavtalen ikke automatisk med dersom det ikke foreligger særlig grunnlag for overføring av tariffavtalen.

Spørsmålet i ARD 2004 s.163 var hvorvidt ny arbeidsgiver, etter en konsernintern omorganisering i A-pressekonsernet, ble bundet av tariffavtalen som overdrageren var bundet av. Det ble under henvisning til ARD 1998 s.38 uttalt at der det foreligger en reell overdragelse av virksomheten til en ny og selvstendig eier, blir ikke erververen automatisk bundet av den tariffavtalen tidligere arbeidsgiver var bundet av. Til tross for at det forelå en faktisk og rettslig omorganisering, fant Arbeidsretten ikke grunnlag for å gjøre tilsvarende synspunkter gjeldende, fordi omorganiseringen var konsernintern. Retten fastslo at ny arbeidsgiver ble bundet av tariffavtalen.

For tariffregulerte pensjonsrettigheter foreligger et slikt særlig grunnlag i arbeidsmiljøloven kapittel 16 om virksomhetsoverdragelse. Dette behandles nedenfor

under punkt 4.5. Hvorvidt tariffavtaler generelt overføres i øvrige tilfeller, faller utenfor oppgavens tema.

Et annet spørsmål er hvorvidt vilkårene som fulgte av tariffavtalen alltid faller bort når tariffavtalen bringes til opphør, eller om arbeidsgiver fortsatt vil kunne være bundet av vilkårene. Dette er et spørsmål om arbeidstakerne har individuelle rettigheter som følge av tariffavtalen.

Problemstillingen ble vurdert i Rt. 1996 s. 1218, der spørsmålet var om de ansatte hadde fått individuelle rettigheter med hensyn til stillingsvern, lønn og andre økonomiske ytelser som følge av en tariffbasert rasjonaliseringsavtale. Høyesterett anså dette for å ha blitt en del av de ansattes individuelle arbeidsavtaler.

I Rt. 2001 s. 1193 var spørsmålet om en tidligere tariffestet pensjonsordning hadde utviklet seg til å bli en individuell rettighet for en bestyrer ansatt ved Coop Svalbard AS. Arbeidstaker ble ikke hørt med sitt krav, og rettens begrunnelse var at ordningen fortasatt kunne endres på kollektivt plan, med virkning for partene. Pensjonsordningen ble derfor ikke ansett å være en individuell rettighet.

Evju omtaler temaet som et spørsmål om tariffavtalers ”residualvirkning”<sup>41</sup>. Også Jakhelln berører spørsmålet om tariffavtalers virkning etter utløp i en utredning om Jernbanens Sykekasse.<sup>42</sup> En klar forutsetning for at arbeidsgiver fortsatt skal være bundet, er altså at pensjonsvilkårene har blitt en del av de ansattes individuelle arbeidsavtale, altså at de er individuelle rettigheter. Hvorvidt dette er tilfellet, vil prinsipielt sett bero på en tolkning av avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dersom arbeidsavtalen ikke gir svar, vil de samme momentene som ved den generelle vurderingen av hva som skal til for at man kan anses en pensjonsordning for en rettighet, gjøre seg gjeldende. Se ovenfor under punkt 3.1.2.

I noen tilfeller angir tariffavtalen kun et minimumsnivå som pensjonsrettighetene skal ligge innenfor. Om dette er tilfellet, vil bero på en tolkning av tariffavtalen. Dersom arbeidstakerne har pensjonsordninger som går utover det som følger av tariffavtalen, vil det bero på en vurdering som

---

<sup>41</sup> Evju, 2001 s.50.

<sup>42</sup> Jakhelln, 2001 s.45 flg.



ovenfor under punkt 3.1.2 hvorvidt pensjonsordningen ut over det tariffbaserte er å anse som en rettighet.

På grunn av de spesielle endringsregler som gjelder for tariffbaserte ordninger, vil de tariffbaserte pensjonsordningene ikke bli behandlet videre under oppgavens kapittel 3, ettersom denne delen kun behandler arbeidsgivers generelle endringsadgang.

## 3.2 Arbeidsgivers adgang til å endre pensjonsordningen ensidig

### 3.2.1 Endringsadgangen – noen utgangspunkter

Spørsmålet er om, og eventuelt i hvilken grad, arbeidsgiver ensidig kan endre gjeldende pensjonsordning. I dette kapittelet vurderes endringsadgangen generelt, altså utenom de situasjoner der det foreligger virksomhetsoverdragelse eller andre særlige endringshjemler.

Det forutsettes i det følgende at pensjonsordningen både i eksistens og innhold er å anse som en rettighet for arbeidstaker, jfr. ovenfor punkt 3.1.2. Både individuelle og kollektive pensjonsordninger behandles her.

I utgangspunktet forutsetter endring av lønns- og arbeidsvilkår, herunder bindende pensjonsordninger, at det foreligger enighet mellom partene, med mindre annen særskilt endringshjemmel foreligger. Dette er det avtalerettslige utgangspunkt. Når arbeidstaker har en pensjonsordning som er å anse som en rettighet, vil arbeidsgivers ensidige endring av denne, til arbeidstakers ugunst, i utgangspunktet medføre kontraktsbrudd overfor arbeidstakeren. Dette kontraktsbruddet kan arbeidstaker angripe med alminnelige kontraktsrettslige sanksjoner, som restitusjon av avtalevilkår, erstatning m.m. En nærmere behandling av rettsvirkninger av urettmessige endringer faller imidlertid utenfor fremstillingen, jfr. ovenfor punkt 1.2.2.

Uten å ha funnet det dokumentert er det naturlig å anta at arbeidsgiver i betydelig antall tilfeller utfører endringer ved å få aksept fra arbeidstaker, enten eksplisitt eller implisitt ved en form for stilltiende aksept. Slike avtaler om endringer i gjeldende pensjonsordninger, også der de er til

arbeidstakers ugunst, faller imidlertid utenfor drøftelsen om arbeidsgivers rettslig adgang til å ensidig endre pensjonsordningen.

Jeg skal i det følgende behandle tre mulige grunnlag for endring av pensjonsordningen til de ansatte; arbeidsgivers styringsrett, kontraktsrevisjon og endringsoppsigelse.

### 3.2.2 Endring i kraft av styringsretten

Arbeidsgivers styringsrett ligger som et grunnleggende ulovfestet prinsipp i arbeidsretten, og har sitt motstykke i arbeidstakernes lydighets- og lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Omfanget av styringsretten er nærmere fastlagt gjennom teori og praksis. Styringsrettens kjerne ”er arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør, innen de rammer som følger av de arbeidsrettslige regler”.<sup>43</sup> Styringsretten anses som en restkompetanse, der arbeidsgiver kan bestemme innenfor rammen av avtalte rettigheter i arbeidsforholdet, tariffavtaler og preseptorisk lovgivning.

I Rt. 2000 s. 1602 (Brannbåt-dommen) drøfter Høyesterett grensen for arbeidsgivers styringsrett. En arbeidsgiver ønsket å overflytte to maskinister, som tjenestegjorde som brannmenn på en båt, til tjeneste ved hovedbrannstasjonen. Arbeidstakerne motsatte seg dette, og hevdet dette lå utenfor arbeidsgivers styringsrett. Høyesterett kom med en prinsipiell uttalelse som kan ha betydning ved vurderingen av styringsretten, også i forhold til pensjonsordningene. ”Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men det må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.” Videre uttaler retten om momentene for å fastsette hva som ligger innenfor rammen av arbeidsforholdet: ”Ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforholdet og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.” Dette er altså generelle momenter som skal vektlegges når man vurderer styringsrettens omfang.

Der pensjonsordningen ikke utgjør en rettighet for arbeidstakerne, vil det ligge innenfor styringsretten å endre pensjonsordningen. I grensetilfellene mellom der en pensjonsordning kun er en administrativ ordning og der ordningen er en rettighet for

---

<sup>43</sup> Jakhelln, 2006 s.24.

arbeidstakerne, vil det kunne oppstå spørsmål om arbeidsgivers endring av denne pensjonsordningen ligger innenfor styringsretten. Spørsmålet er da om styringsretten kan gi arbeidsgiver grunnlag for å endre pensjonsordningen.

Spørsmålet er berørt av Evju<sup>44</sup>, og han konkluderer med at styringsretten ikke kan gi grunnlag for ensidig endring av bindende pensjonsordning. Begrunnelsen er at når pensjonsordningen først er en rettighet for arbeidstakerne, vil denne rettigheten være en del av det som er regulert i arbeidsforholdet, og er derfor ikke omfattet av den restkompetanse styringsretten bygger på. Grunnleggende kontraktsrettlige prinsipper om gjensidig enighet som grunnlag for avtalebinding taler også sterkt imot en slik ensidig endringsadgang.

På den annen side vil trolig visse innholdsendringer kunne ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgivers behov for å tilrettelegge for en fremtidig rasjonell drift av virksomheten, vil i noen tilfeller kunne åpne for en adgang til å gjøre endringer som påvirker arbeidstakerne.

Etter min oppfatning, blir spørsmålet om pensjonsordningen i sin helhet er å anse som en rettighet for arbeidstakerne, eller om arbeidstakerne bare har en begrenset rettighet, og derfor ikke kan motsette seg endringer innenfor visse grenser. Her vil det uansett ikke finnes noen klar grense. Å trekke en teoretisk grense for hva som kan utøves i medhold av styringsretten og hva som er å anse som en rettighet, vil ikke løse de praktiske problemer knyttet til grensedragningen. Gode praktiske grunner taler imidlertid etter mitt skjønn for å holde fast ved skillet om at der pensjonsordningen først utgjør en rettighet for arbeidstakerne, kan ikke arbeidsgiver endre denne i medhold av styringsretten. Grensen for hva arbeidsgiver kan utføre i medhold av styringsretten blir med andre ord prinsipielt sett sammenfallende med skillet mellom rett eller ikke rett til pensjonsordning, jfr. ovenfor under punkt 3.1.2.

---

<sup>44</sup> Evju, 2001 s.58 flg.

### 3.2.3 Endring ved kontraktsrevisjon

Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at urimelige kontraktsvilkår på visse vilkår, kan lempes.<sup>45</sup> Generelle hjemler for revisjon eller lempning av urimelige kontraktsvilkår er avtalelovens (avtl.) §36 og læren om bristende forutsetninger. Disse hjemlene for lempning av kontraktsvilkår kan benyttes på arbeidskontrakter.<sup>46</sup> Det er ikke noe prinsipielt til hinder for lempning av kontraktsvilkår til fordel for arbeidsgiver i medhold av avtl. §36 eller læren om bristende forutsetninger, selv om jeg ikke kjenner til at dette har ført frem i senere tid.<sup>47</sup>

Spørsmålet om lempning til fordel for arbeidsgiver var i Rt. 2000 s. 610 oppe for Høyesterett. Arbeidsgiver mente at en avtale om pensjon var urimelig, jfr. avtl. §36. Arbeidsgiver fikk medhold i byretten og lagmannsretten, blant annet under henvisning til to høyesterettsdommer fra 1931, hvor pensjonsforpliktelser ble lempet til arbeidsgivers fordel, se nedenfor. Høyesterett konkluderte, i motsetning til underinstansene, med at lempning av arbeidsgivers pensjonsforpliktelser ikke kunne finne sted i denne konkrete saken. Retten uttalte også om 1931-dommene, i et obiter dictum, at *”vurderingen i dag av tilfeller som dem dommene omhandler, lett kunne bli en annen enn den som ble lagt til grunn i 1931.”*

I Rt. 2000 s. 610 var spørsmålet om en bank, som hadde inngått fratreddesavtale med avtale om etterlønn og pensjonsrettigheter med banksjefen, kunne anse seg ubundet fra pensjonsforpliktelsene i medhold av avtl. §36. Bakgrunnen for at banken ønsket å fri seg fra pensjonsforpliktelsene var at bankens aksjekapital var tapt, og at et avviklingsstyre, med støtte fra Statens Banksikringsfond, skulle gjennomføre en foretningsmessig avvikling av banken. Tilleggpensjonen til den tidligere banksjefen skulle dekkes over driften, og avviklingsstyret hevdet derfor at det forelå en bristende forutsetning når driften opphørte. Bankens ved avviklingsstyret ble hørt med dette i underinstansene. For øvrig ble det vektlagt at den tidligere banksjefen hadde medvirket til situasjonen som førte til at banken måtte avvikles. Det ble videre vektlagt at det ville være urimelig om tredjemann (Banksikringsfondet) skulle måtte utbetale tilleggpensjonen. Høyesterett mente imidlertid ikke at det ville være urimelig at banksjefen gjorde avtalen gjeldende etter at banken var insolvent, selv om banksjefen hadde bidratt til denne situasjonen. Banksjefen fikk fullt medhold av Høyesterett.

---

<sup>45</sup> Hagstrøm, 2003 s.248 flg. og 275 flg.

<sup>46</sup> Rt.2006 s.420, avsnitt 46 flg.

<sup>47</sup> Se imidlertid Rt.1931 s.81 og Rt.1931 s.297.

I Rt. 1931 s. 81 var saken at en virksomhet ble avvirket av økonomiske grunner.

Pensjonsforpliktelsene som påhvile virksomheten, til fordel for en arbeidsformann, ble av Høyesterett lempet fordi det ville være urimelig å gjøre disse gjeldende etter at virksomheten ble avvirket som følge av insolvens. Dette ble videre begrunnet i at pensjonsforpliktelsene oppstod som følge av et gavetilsagn fra arbeidsgiver. Dommen gjaldt retten til *allerede opptjent* pensjon.

I Rt. 1931 s. 297 ble en årlig tilkjent etterlattepensjon ansett å være betinget av arbeidsgivers solvens. I en oppstått insolvenssituasjon kom derfor Høyesterett til at det ikke forelå noe rettskrav på pensjon. Også denne dommen gjaldt retten til *allerede opptjent* pensjon.

Hvorvidt det foreligger lempningsadgang i det enkelte tilfelle, vil bero på en konkret interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for å endre vilkår i en pensjonsordning, og de konsekvenser endringen vil ha for arbeidstakerne.<sup>48</sup>

I Rt. 2000 s. 1800 foretar Høyesterett en slik konkret interesseavveining. I saken var det arbeidstaker, en banksjef, som påberopt seg avtl. §36 for å tilsidesette et vilkår om boplikt innenfor kommunen banken var lokalisert i. Retten kom til at det ikke var tilstrekkelig uballanse i avtalen til å tilsidesette bostedsvilkåret i medhold av avtl. §36. Banksjefen ble oppsagt fordi han ikke oppfylte bostedsvilkåret, og arbeidsgiver fikk medhold i at oppsigelsen var saklig begrunnet.

Evju<sup>49</sup> vurderer revisjonsadgangen, og konkluderer med at kontraktsrevisjon etter avtl. §36 er mulig, men at det er ”en tung vei å gå”. Dette blant annet fordi revisjonsadgangen må bygge på en konkret interesseavveining i forhold til hver enkelt ansatt. Dette er også situasjonen ved en eventuell endringsoppsigelse, se nedenfor punkt 3.2.4.

Hagstrøm<sup>50</sup> drøfter ikke revisjon av pensjonsforpliktelser spesielt, men omtaler muligheten for å påberope seg egne betalingsvansker som grunnlag for revisjon av økonomiske forpliktelser. Han viser til de ovennevnte dommer som behandler spørsmål

---

<sup>48</sup> Se Rt.2000s.1800 om dette. Her påberopte arbeidstaker seg forgjeves avtl. §36.

<sup>49</sup> Evju, 2001s.61 flg.

<sup>50</sup> Hagstrøm, 2003 s.258 og s.275 flg.

om revisjon av pensjonsforpliktelser. Hagstrøm konkluderer med at pengemangel aldri vil kunne bli tillagt befriende virkning, jfr. Rt. 2000 s. 610, kun med unntak for gaveliknende utsagn. Prinsipielt sett vil nedsatte pensjonsinnbetalinger som følge av manglende betalingsevne alltid medføre mislighold av kontraktsforpliktelsen. At det oppstår en ubalanse i kontraktsforholdet, vil imidlertid kunne føre til revisjon etter avtl. §36. Ubalansen skal vurderes i forhold til det tidspunktet kravet om kontraktsrevisjon blir gjort gjeldende.<sup>51</sup> I forhold til pensjonsforpliktelser, som løper over så lang tid, og som ofte ved inngåelsen er delvis uoverskuelige i omfang, kan det tenkes situasjoner som går utover det misforhold urimelighetsmålestokken avtl. §36 oppstiller, slik at forpliktelsene kan revideres. I en helhetsvurdering av balansen i et kontraktsforhold vil også bedriftens økonomiske situasjon kunne spille inn, selv om betalingsvanskene alene ikke kan ha befriende virkning. Det påpekes av Hagstrøm under henvisning til Rt. 1988 s. 295 at det skal "tungtveiende grunner til før det kan kreves lempning" i kommersielle forhold med næringsdrivende parter. Dette vil for vår problemstilling medføre at det skal mer til for at arbeidsgiver kan påberope seg lempning, enn at arbeidstaker kan påberope dette.

Det vil i praksis kunne være en flytende overgang mellom kontraktsrettslig lempning og en innskrenkende tolkning av pensjonsforpliktelsenes innhold. Det faller imidlertid utenfor denne fremstillingen å gjøre nærmere rede for denne grensedragningen. Det vises her til generell rettskildelære og kontraktsrettslig litteratur.

Domstolene har altså vært svært tilbakeholdne med å lempe på pensjonsvilkår, og for øvrig andre vilkår, inntatt i arbeidskontrakter. Lempningsadgangen som følger av de kontraktsrettlige regler er ment å være en sikkerhetsventil, og slik fremstår de også i gjeldende rett. Det er tydelig at domstolene fører en restriktiv linje i forhold til lempning, og det er svært vanskelig for arbeidsgiver å påberope seg avtl. §36 eller bristende forutsetninger for å lempe på pensjonsforpliktelser.

---

<sup>51</sup> Jfr. Rt.1988s.276 på s.287, (Dommen gjaldt regulering av festeavgift).

### 3.2.4 Endring av pensjonsordningen ved bruk av endringsoppsigelse

I denne oppgaven benyttes begrepet endringsoppsigelse om oppsigelser som gis av arbeidsgiver kun for å endre arbeidsvilkår, uten å ha til hensikt å avslutte arbeidsforholdet. Arbeidsmiljøloven omtaler ikke begrepet endringsoppsigelse, men det er godt innarbeidet i teori og praksis<sup>52</sup>.

Arbeidsgiver kan si opp arbeidstakeren dersom vilkårene for oppsigelse foreligger, og man følger saksbehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15.<sup>53</sup> Det som i praksis skjer ved endringsoppsigelser, er at de opprinnelige arbeidsavtalene sies opp, samtidig som arbeidsgiver tilbyr nye arbeidsavtaler med endrede vilkår. Se mer om bruken av uttrykket i Fougner 2002 og 2004.<sup>54</sup>

Endringsoppsigelse er altså en oppsigelse som krever ”saklig grunn” etter aml. §15-7. Saklig grunn kan i prinsippet være at en pensjonsordning er for tyngende for arbeidsgiver. Oppsigelsen vil da være begrunnet i virksomhetens forhold. Vurderingen av hvorvidt en økonomisk tyngende avtale er saklig og tilstrekkelig begrunnelse for en oppsigelse, vil bli konkret. Domstolene kan overprøve virksomhetens bedriftsøkonomiske vurderinger, men virker imidlertid noe tilbakeholdne med å gjøre dette. Se Rt. 1984 s. 1058 og Rt. 1989 s. 508.<sup>55</sup>

Det vil være et moment i interesseavveiningen at arbeidstaker tilbys en ny arbeidsavtale.<sup>56</sup> I RG 2003 s. 226, en tingrettsavgjørelse, legger retten til grunn at *”saklighetskravet ved en endringsoppsigelse er mindre strengt sammenlignet med vanlig oppsigelse”* Dette er etter min oppfatning et noe upresist utsagn. Man kan muligens hevde at det skal noe mindre til for å anse en endringsoppsigelse som gyldig, enn en alminnelig oppsigelse. Dette fordi tilbudet om ny stilling medfører at interesseavveiningen lettere går i arbeidsgivers favør, enn ved alminnelige oppsigelser.

---

<sup>52</sup> Se for eksempel Rt.2000 s1273 og Rt.2000 s.1689.

<sup>53</sup> For en generell fremstilling av kravene til saklig oppsigelse, se for eksempel Jakhelln 2006 s.417 flg.

<sup>54</sup> Fougner, 2002 s.566 og 2004 s.62. Se imidlertid også Aagaard om uttrykket ”endringsoppsigelse”.

<sup>55</sup> Jakhelln, 2006 s.443 flg. (Dommene gjelder situasjoner som skiller seg noe fra det som drøfte her.)

<sup>56</sup> LE-1992-02920 og Aagaard s.234.

Gode reelle hensyn taler imidlertid for å stille tilsvarende krav til saklighetsvurderingen for øvrig, som for alminnelige oppsigelser, for eksempel med hensyn til saksbehandling og vurderingen av alternative tiltak.

Det vil i praksis være enklere for en bedrift som har økonomiske problemer å nå frem med at en endringsoppsigelse som beskjerer pensjonsordningen er saklig, enn for bedrifter som har stort overskudd. Dette følger av interesseavveiningen som domstolene uansett vil kunne prøve. Spesielt i de situasjoner hvor videre drift er truet på grunn av økonomiske vanskeligheter, vil bedrifter kunne benytte endringsoppsigelser som omtalt her. Dette fordi alternativet da kan være tradisjonelle oppsigelser for å oppnå nødvendige besparelser, noe som vil ramme arbeidstakerne hardere.

I teorien er adgangen til partiell oppsigelse drøftet.<sup>57</sup> Dette innebærer at man sier opp et eller flere kontraktsvilkår, uten å bringe arbeidsavtalen som sådan til opphør. Selv om det kan anføres gode reelle hensyn som vil tale for en slik adgang, for eksempel at dette er mindre inngripende enn endringsoppsigelser, er det klart at det ikke foreligger en slik adgang etter gjeldende rett.<sup>58</sup>

Saklighetsvurderingen ved endringsoppsigelse vil ofte innebære samme momenter som rimelighetsvurderingen ved avtalerevisjon, se ovenfor under punkt 3.2.3. Det skal trolig mer til for å få revidert forpliktelsene etter §36, og i praksis vil bruken av endringsoppsigelse derfor kunne være en mer farbar vei enn kontraktsrevisjon.

## **4 Endringsadgang ved virksomhetsoverdragelse**

### **4.1 Generelt om arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelse**

Virksomhetsoverdragelse defineres i arbeidsmiljøloven §16-1. Det faller utenfor oppgaven å gjøre rede for grensen for hva som regnes som en

---

<sup>57</sup> Fougner, 2004.

<sup>58</sup> LB 2000 s.129, Evju, 2001 s.60 og Rt.1959 s.515.



virksomhetsoverdragelse.<sup>59</sup> I det følgende forutsettes at det foreligger en virksomhetsoverdragelse.

Arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse tar sikte på å gi arbeidstakerne beskyttelse mot å få en svakere stilling som følge av at virksomheten de arbeider ved, overdras.<sup>60</sup> Arbeidstakerne har inngått en arbeidsavtale med sin opprinnelige arbeidsgiver, og er normalt ikke involvert i avtalen om overdragelsen av virksomheten. Deres rettsstilling skal derfor som et utgangspunkt heller ikke berøres av overdragelsen. Det finnes unntak fra dette utgangspunktet, men generelt kan man si at arbeidstakernes rettigheter og plikter overføres uendret, slik at rettighetene kan gjøres gjeldende i forhold til den nye virksomheten. Dette kommer til uttrykk i arbeidsmiljøloven §§16-2 til 16-4.

En rettighetsoverføring forutsetter at det er etablert en rettighet. Dette er i utgangspunktet innlysende, men hvorvidt det er etablert en rettighet, kan ofte bli et tvistetema. Det er et grunnleggende spørsmål i forhold til arbeidsmiljøloven §16-2 om de enkelte lønns- og arbeidsvilkår er å anse som rettigheter for arbeidstakeren, fordi dette normalt vil bestemme utgangspunktet for arbeidsgivers endringsadgang. Foreligger det en rettighet, skal denne i utgangspunktet overføres etter hovedregelen i §16-2 (1). For den videre drøftelse forutsettes det at pensjonsordningen er en rettighet for de ansatte. Rettighetsbegrepet er drøftet ovenfor under punkt 3.1.2.

Spørsmål vedrørende overføring av tariffestede rettigheter behandles nedenfor under oppgavens punkt 4.5.

---

<sup>59</sup> Se for eksempel Jakhell, Oversikt over arbeidsretten, 4. utg. kap4.21, og Fougner og Holo s.880 flg.

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.71(2004-2005) s.256

## 4.2 Bakgrunn for og utvikling av pensjonsunntaket

### 4.2.1 Generelt

Som følge av EØS-forpliktelser ble Rådskdirektiv 77/187/EØF gjennomført i norsk rett ved vedtagelse av endringslov i 1992<sup>61</sup>, med ikrafttreden i 1994. Direktivet hadde to hovedformål. For det første et overordnet formål i henhold til EF-traktaten<sup>62</sup> om harmonisering av landenes lovgivning, og for det andre et formål å sikre arbeidstakere minimumsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Det er sistnevnte formål som har hatt størst betydning ved tolkningen av direktivets rekkevidde, se nedenfor.

De implementerte reglene ble inntatt som et nytt kapittel XII A i dagjeldende arbeidsmiljølov av 1977. Før kapittel XII A trådte i kraft, var det kun arbeidsmiljølovens tidligere §60 nr. 3 som regulerte forholdet til virksomhetsoverdragelse. Denne bestemmelsen omhandlet imidlertid kun stillingsvernet.<sup>63</sup> Se om dette nedenfor under punkt 4.2.2.

De nye reglene ble innført for å tilfredsstille minimumskravene direktivet oppstiller. Det var ikke meningen å innføre noe sterkere vern i Norge enn det som fulgte av direktivet.<sup>64</sup>

Bestemmelsen i direktivets art. 3 nr. 3 (nå art. 3 nr. 4), som §73 B nr 3 skulle tilsvare, lyder i sin norske versjon:

”Nr. 1 og 2 får ikke anvendelse på arbeidstakeres rett til alders-, uføre- eller etterlattepensjon innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger utenfor de lovfestede trygdeordninger i medlemsstatene. [...]”

---

<sup>61</sup> Lov nr.115, 1992.

<sup>62</sup> Roma-traktaten, art.3.

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992), pkt.4.7 og Friberg, 1993 s.422.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.71(1991-1992), s.15 pkt.4.1.4, E-2/95 (Eidesund-saken) og Rt.1997s.1965 (Eidesund-saken).

Direktivregelen innebærer at pensjonsrettighetene som omfattes av bestemmelsen, ikke følger utgangspunktet i direktivets art. 3 nr. 1 og 2 om rettighetsoverføring ved virksomhetsoverdragelse. Regelen omtales som pensjonsunntaket.

Arbeidsmiljøloven §73 B nr. 3 bygger direkte på Rådsdirektiv 77/187/EØF.

Pensjonsunntaket fikk i arbeidsmiljølovens §73 B nr. 3 følgende formulering: *"Nr. 1 og nr. 2 får ikke anvendelse på arbeidstakerens rett til ytelser i forbindelse med alderdom og invaliditet, eller ytelser til etterlatte i henhold til pensjonsordninger."*

Senere ble Rådsdirektiv 77/187/EØF endret ved rådsdirektiv 98/50/EF, i hovedsak for å klargjøre tolkningsspørsmål og for å oppdatere i forhold til EF-domstolens avgjørelser.<sup>65</sup> Dette endringsdirektivet ble gjennomført i norsk rett ved endringslov i 2001. Samme år ble de to rådsdirektivene slått sammen til 2001/23/EF, uten at dette medførte materielle endringer.

Under implementeringsarbeidet som pågikk på 1990-tallet som følge av EØS-forpliktelsene Norge hadde påtatt seg, måtte departementet gjennomføre en rekke direktiver på kort tid. Som det fremkommer nedenfor, var det etter min oppfatning spesielt to svakheter knyttet til arbeidene med innføringen av pensjonsunntaket. Svakhete knytter seg til lovgivers forståelse av det ovennevnte direktivet, og til vurderingen av gjeldende rett i Norge før implementeringen. Dette kan ha påvirket utviklingen av pensjonsunntaket i norsk rett.

Før det første hevdet departementet at innføringen av pensjonsunntaket ikke medførte endring av gjeldende rett i Norge, uten at departementet drøftet hva som var gjeldende rett, se nedenfor punkt 4.2.2.

For det andre feiltolket departementet rekkevidden av pensjonsunntaket i forhold til hvorvidt fremtidig opptjening var omfattet av unntaket, se nedenfor punkt 4.2.3.

---

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.79(2000-2001) kap.1.1.

#### 4.2.2 Gjeldende rett i Norge før innføringen av pensjonsunntaket

I forarbeidene til endringsloven i 1992 legger departementet til grunn at innføringen av pensjonsunntaket ikke medfører endring av gjeldende rett. Departementet sier om dette på side 22 i Ot.prp. 71 (1991-1992):

”Forholdet til pensjonsytelser var ikke spesielt nevnt i høringsbrevet. Forslaget innebærer etter vår oppfatning ingen endring i gjeldende rett. For fullstendighetens skyld tas dette likevel inn i lovteksten.”

Som beskrevet nedenfor under punkt 4.2.4, der jeg behandler lovgivers uttalelser i forbindelse med lovforarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven, er det ikke klart hva som var pensjonsrettighetenes stilling før innføringen av kapittel XII A.

Dersom departementet hadde foretatt en grundig vurdering av gjeldende rett før innføringen av kapittel XII A, og konkludert med at pensjonsrettighetene opprinnelig var vernet i Norge, ville man ikke hatt støtte i Rådsdirektivets formål til å innføre et pensjonsunntak og med dette svekke arbeidstakernes rettigheter. Direktivets formål var å verne arbeidstakeres minimumsrettigheter, ikke å gi landene anledning til å beskjære allerede eksisterende rettigheter.<sup>66</sup> Direktivet ville ikke være direkte til hinder for at Norge innførte et dårligere vern enn det som opprinnelig eksisterte, men dette ville harmonere dårlig med lovgivers uttalelser om at gjeldende rett ikke ville endres ved innføringen av de nye reglene, se sitat ovenfor. Som det fremkommer nedenfor, var lovgiver for øvrig i villrede med hensyn til forståelsen av direktivteksten samt rekkevidden av pensjonsunntaket, da departementet la til grunn at innføringen av pensjonsunntaket ikke endret gjeldende rett. Spørsmålet om pensjonsrettighetenes stilling før innføringen av kapittel XII A har nå kun historisk verdi, se imidlertid nedenfor under punkt 4.2.4.

---

<sup>66</sup> COM (75)429 final.

#### 4.2.3 Rekkevidden av pensjonsunntaket i forhold til fremtidig opptjening

Uttalelsene i forarbeidene til kapittel XII A, tyder på at departementet, i likhet med lovgiver i Sverige<sup>67</sup>, antok at pensjonsunntaket i direktivbestemmelsen ikke dekket fremtidige premieinnbetalinger til pensjonsordninger. Retten til fremtidig opptjening skulle derfor følge hovedregelen om rettighetsoverføring. Videre kunne arbeidstaker ikke holde ny arbeidsgiver ansvarlig for utbetaling av opptjente rettigheter, noe som er naturlig ettersom det er pensjonsforsikringsselskapet eller pensjonskassen som vil være ansvarlig for disse utbetalingene.

På side 22 i Ot.prp. 71 (1991-1992) sier departementet følgende om rekkevidden av unntaket:

”Ved skifte av innehaver innebærer direktivet atplikten til å betale pensjonsytelser ikke samtidig overføres. I norsk rett gjelder den samme regel. En ny innehaver vil ikke være ansvarlig for pensjonsytelser. Slike ytelser antas å være sikret ved særskilte regler for opprettelse og utbetalinger fra pensjonsfond.

Når det gjelder private eller forsikringsbaserte fond, vil arbeidstakere i tilfeller hvor virksomheten overdras enten få sine opptjente rettigheter utbetalt, eller det blir utstedt en fripolise til arbeidstakeren. Uansett vil arbeidstakerne ha sine opptjente rettigheter i behold.

Departementet antar at norsk rett ivaretar slike interesser i forhold til direktivet på en tilfredsstillende måte. Det er derfor ikke behov for ytterligere lovbestemmelser.”

I proposisjonens spesialmerknader til §73 B nr. 3 i sies det følgende om pensjonsunntakets rekkevidde:

”Bestemmelsen innebærer at ny innehaver ikke vil være ansvarlig for pensjonsytelser i forbindelse med alderdom og invaliditet eller pensjonsytelser til etterlatte. Dette gjelder både i forhold til tidligere ansatte og ansatte som fortsatt arbeider i virksomheten. Den nye innehaveren vil derimot være ansvarlig for innbetaling av bidrag (forsikringspremie) til pensjonsordninger, hvis slike forpliktelser følger av tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler som han forøvrig trer inn i. Den nye innehaver vil også være ansvarlig for eventuelle restanser i slike innbetalinger.”<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Se EFTA-domstolens uttalelse i E-2/95 (Eidesund-saken) pkt.55.

<sup>68</sup> Ot.prp.nr.71(1991-92) s.34.

Formuleringen i spesialmerknadene, *”Den nye innehaveren vil derimot være ansvarlig for innbetaling av bidrag”*, gav forståelse av at pensjonsunntaket ikke omfattet arbeidsgivers plikt til fremtidig innbetaling av premie.

Det var i norsk juridisk teori også bred oppslutning rundt forståelsen av pensjonsunntakets rekkevidde med hensyn til fremtidig opptjening, se for eksempel Friberg<sup>69</sup>.

Denne forståelsen av direktivteksten og pensjonsunntakets rekkevidde er ikke lenger gjeldende. Høyesterett avklarte spørsmålet om fremtidig innbetalinger var omfattet av pensjonsunntaket, i Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund-saken). Her la de EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i saken til grunn.<sup>70</sup>

I Eidesund-saken var spørsmålet om en arbeidstaker (Eidesund) hadde krav på at den nye arbeidsgiveren, Stavanger Catering AS (SC), skulle opprettholde innbetaling av premie til tjenstepensjonsforsikring i medhold av dagjeldende aml. §73 kap. XII A. Bakgrunnen for Eidesunds krav var at han ble oppsagt fra sin opprinnelige stilling hos Scandinavian Service Partner AS (SSP), som drev forpleiningstjeneste på oljeplattformen Ekofisk Alpha (EA). Samtidig som Eidesund mottok oppsigelse fra SSP fikk han tilbud om ny stilling hos SC, som overtok driften for SSP på EA. Den nye stillingen hadde andre vilkår, herunder for pensjonsordningen, og Eidesund ønsket ikke å godta dette. Byretten kom til at det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse, og at de opprinnelige rettighetene derfor ikke ble videreført. Under saksforberedelsen til ankebehandlingen i lagmannsretten, ble tvistetemaet forelagt EFTA-domstolen for uttalelse. Og på bakgrunn av denne kom lagmannsretten til at det forelå en virksomhetsoverdragelse. Lagmannsretten konkluderte med at pensjonsforsikringsordning ikke falt inn under pensjonsunntaket i aml. §73 B, nr. 3, og Eidesund fikk dermed medhold i sitt krav. I Høyesterett ble det fastslått at overføringen var å anse som en virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet var da om den omtvistede pensjonsforsikringsordning falt inn under pensjonsunntaket i §73 B, nr. 3, og dermed ikke ble overført til ny arbeidsgiver. EFTA-domstolen uttalte om dette at *”I henhold til rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 3 nr. 3 overføres ikke arbeidsgivers forpliktelse til å innbetale premie til supplerende pensjonsordning for ansatte”*.<sup>71</sup> Høyesterett la EFTA-domstolens syn til grunn for tolkningen av direktivteksten, og konkluderte under

---

<sup>69</sup> Friberg, 1989 s.424 og Friberg, 1993 s.468.

<sup>70</sup> E-2/95 (Eidesund-saken).

<sup>71</sup> E-2/95 (Eidesund-saken).

henvisning til forarbeidene med at norsk rett ikke pretenderer å gi noe sterkere vern for arbeidstaker enn det direktivteksten gir uttrykk for. Ny arbeidsgiver ble derfor ikke ansett forpliktet til å opprettholde pensjonsordningen. Dommen var enstemmig.

Lovgiver er bundet av de minimumsrettigheter som følger av Rådsdirektiv 2001/23/EF. I Beckmann-saken (C-164/00) påpekte EF-domstolen at direktivets art. 3 nr. 4 (opprinnelig art 3 nr. 3, pensjonsunntaket) er en unntaksbestemmelse som reduserer arbeidstakernes rettigheter, og derfor skal tolkes restriktivt. I forbindelse med tolkningen av teksten i direktivet uttaler EFTA-domstolen i sin rådgivende uttalelse E-2/95 i forbindelse med behandlingen av Eidesund-saken<sup>72</sup>, at denne restriktive tolkningen ”imidlertid ikke [kan] lede til en situasjon der unntaksbestemmelsen blir fratatt ethvert fornuftig innhold eller i realiteten blir opphevet”. Bestemmelsen ble dermed tolket slik at pensjonsunntaket fikk en realitet, ved at det ble gitt anvendelse på retten til fremtidig opptjening.

På bakgrunn av ovenstående skal innbetaling av pensjonspremie, etter direktivet, være omfattet av pensjonsunntaket. Høyesterett konkluderte med at det samme vil gjelde i norsk rett. Rettigheter knyttet til fremtidig opptjening av pensjonsrettigheter fulgte derfor ikke med ved virksomhetsoverdragelse etter den gamle arbeidsmiljøloven.

#### 4.2.4 Bakgrunn for bestemmelsen i ny arbeidsmiljølov

Bestemmelsen i den gamle arbeidsmiljøloven, §73 B nr. 3 var, som beskrevet ovenfor, gjenstand for en rekke tolkningsspørsmål. Disse er forsøkt avklart i den nye bestemmelsen §16-2 i ny arbeidsmiljølov. Ved revisjonen av loven som startet i 2001, utredet et underutvalg i Arbeidslivslovutvalget (Underutvalget) spørsmålene knyttet til pensjonsrettigheters stilling ved virksomhetsoverdragelse. Underutvalget fremla sine vurderinger i et notat til Arbeidslivslovutvalget den 22. mars 2002. Dette notatet er i det vesentlige lagt til grunn for det som er skrevet om problemstillingen i NOU 2004:5, og som videre ble fremmet i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Det ble gjort noen få endringer under behandlingen av det opprinnelige forslaget. Deler av dette behandles nedenfor punkt. 4.4.

Underutvalget gjentar i sine vurderinger det uklare standpunkt som ble tatt vedrørende forståelsen av pensjonsrettighetenes stilling, under forarbeidene til lovendringen i 1992, se ovenfor under punkt

---

<sup>72</sup> Se ovenfor punkt 4.2.

4.2.2. I notatet under "Gjeldende rett" skriver Underutvalget at kap. XII A avløste den tidligere §60 nr. 3, en bestemmelse som bygget på "den forutsetning at når en virksomhet overdras til en ny eier, fortsetter de ansattes forhold som før, men med den nye eier som arbeidsgiver."<sup>73</sup> Sitatet Underutvalgets viser til er hentet fra Rt. 1995 s. 849 (Keiserinnen-dommen) s. 854. Underutvalget kan synes å gi uttrykk for at sitatet fra Rt. 1995 s. 849 viser at det eksisterte en generell forutsetning om rettighetsovergang ved virksomhetsoverdragelse også før innføringen av kap. XII A. Ved innføringen av kap. XII A ble riktig nok tidligere §60 nr. 3 avløst, men det nye kapittelet regulerte vesentlig flere forhold enn tidligere §60 nr. 3. Uttalelsen fra Underutvalget fremstår som et noe upresist utsagn med hensyn til betydningen av innføringen av kap. XII A, spesielt fordi Underutvalget i sitt notat redegjorde for pensjonsrettighetenes stilling ved virksomhetsoverdragelse, noe §60 nr. 3 ikke regulerte. Det er klart at tidligere §60 nr. 3, både etter sin ordlyd og sitt formål, gjaldt stillingsvernet.<sup>74</sup> Uttalelsene fra Rt. 1995 s. 849, synes også, lest i sammenheng, å være rettet mot stillingsvernet spesielt, ikke mot øvrige rettigheter. Hvorvidt det ved virksomhetsoverdragelse før innføringen av kap. XII A gjaldt en generell forutsetning om overføring av rettigheter, herunder pensjonsrettigheter, tar jeg ikke endelig stilling til. Spørsmålet fremstår for meg som uavklart, se også ovenfor under punkt 4.2.2. Dersom Underutvalget mener at denne generelle forutsetning om rettighetsovergang gjaldt før innføringen av kap. XII A, må dette imidlertid være hjemlet i alminnelige kontraktsrettslige betraktninger, og ikke i tidligere §60 nr. 3.

I Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund-saken) uttaler førstvoterende følgende vedrørende en anførsel fra saksøker om at kravet ville vært vernet etter den tidligere §60 nr. 3:

"Eidesund har anført at forarbeidsuttalelsen har bakgrunn i at det her ikke var tale om å utvide norsk retts vern for arbeidstakerne, men om å videreføre en rett arbeidstakerne allerede hadde etter den tidligere bestemmelsen i arbeidsmiljøloven §60 nr 3. Dette kan etter mitt syn ikke føre frem. Anførselen er ikke nærmere underbygd, og den synes ikke å ha noe holdepunkt verken i ordlyden i §60 nr 3 eller i den redegjørelsen for bestemmelsen som er gitt i proposisjonen på side 15. Det er heller ikke vist til praksis til støtte for anførselen." (Proposisjonen det vises til, er Ot.prp. nr. 71 (1992-1992).)

I følge artikkel 8 i Rådsdirektiv 2001/23/EF er ikke direktivet til hinder for at nasjonal rett er gunstigere for arbeidstaker enn det som følger av direktivet. Lovgiver ønsket ved

---

<sup>73</sup> ALLU-U, note 4 s.3.

<sup>74</sup> Se Friberg 1989.



lovrevisjonen å gi arbeidstakerne bedre rettigheter enn det som følger av EF-retten, og mener derfor at direktivet ikke legger noen begrensninger på lovarbeidene.<sup>75</sup>

Begrunnelsen for pensjonsunntaket i direktivet er at varierende organisering av pensjonsordninger i medlemslandene gjør det vanskelig å gi enhetlige regler om pensjonsrettigheter på europeisk nivå.<sup>76</sup> Underutvalget uttaler at "[o]m en slik begrunnelse slår til på nasjonalt nivå må drøftes konkret".<sup>77</sup> Utvalget drøfter trolig her hvorvidt det de lege ferenda er gode nok grunner for å opprettholde pensjonsunntaket, som tross alt beskjerer arbeidstakernes vern ved virksomhetsoverdragelse. Det må imidlertid presiseres at unntaket i direktivet åpner for at landene kan unnta disse rettighetene uavhengig av om det internt i den aktuelle staten vil være praktisk gjennomførbart å gi enhetlige regler som sikrer pensjonsrettighetene fullt ut. De momenter som fremheves til fordel for å opprettholde pensjonsunntaket, er i det vesentlige hensynet til arbeidsgiver, og i så måte at reglene ikke skal være for tyngende både økonomisk og praktisk for arbeidsgiver. De legislative hensyn er for øvrig behandlet foran under punkt 1.3.2. Underutvalget konkluderer imidlertid med at pensjonsunntaket bør oppheves, av hensyn til vernet av arbeidstakers rettigheter. Se også nedenfor under punkt 4.4.4.

Endringsloven av 21. desember 2005 nr. 121 ble gitt før lovens ikrafttredelse, som en følge av regjeringsskiftet høsten 2005. Lovendringene berørte ikke de bestemmelser som skal behandles her, og reglene for overføring av pensjonsrettigheter er heller ikke kommentert i forarbeidene til endringsloven.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> ALLU-U, av 22.mars 2002, s.1.

<sup>76</sup> COM (75) 429 final s.8 (her omtalt som art.5, men i Rådsdirektiv 77/187/EØF art.3 nr. 3).

<sup>77</sup> ALLU-U, av 22. mars 2002, s.5 flg.

<sup>78</sup> Ot.prp.nr.24(2004-2005).

### 4.3 Hovedregelen etter arbeidsmiljøloven §16-2 (3)

#### 4.3.1 Hvilke pensjonsordninger bestemmelsen omfatter

Arbeidsmiljøloven §16-2 (3) gjelder etter sin ordlyd kun arbeidstakernes rett til *videre opptjening*. Dette innebærer ingen realitetsendring i forhold til gammel arbeidsmiljølov, men er kun en presisering. Se ovenfor under punkt 4.2.4. Dette samsvarer dessuten med at allerede opptjente rettigheter uansett er beskyttet. Se ovenfor under punkt 3.1.1.

Bestemmelsen er begrenset til å gjelde alders-, etterlatte-, og uførepesjon. Andre typer ytelser faller utenfor virkeområde til §16-2 (3). Forholdet mellom anvendelsesområdet til 3. ledd og førtidspensjonsordninger drøftes nedenfor under punkt 4.5.2.

Bestemmelsen er videre etter sin ordlyd begrenset til rettigheter ”i henhold til kollektiv tjenstepensjon”. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) presiseres det at §16-2 (3) kun gjelder kollektive pensjonsordninger, mens individuelle pensjonsordninger ”normalt overføres i henhold til hovedregelen i første ledd”.<sup>79</sup> Kollektive ordninger er i forarbeidene omtalt som ”supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger”, uten at dette klargjør grensedragningen.<sup>80</sup> Dette tilsvare for øvrig ordlyden i den norske oversettelsen av direktivteksten, som nevnt ovenfor under punkt 4.2. Ettersom uttrykket stammer fra direktivet, og den norske bestemmelsen var ment å tilsvare direktivet på dette punktet, er det naturlig å legge den EØS-rettslige forståelsen av unntaket til grunn.<sup>81</sup> Spørsmålet om en ordning er kollektiv, vil derfor i forbindelse med en tvist kunne forelegges EFTA-domstolen for uttalelse.<sup>82</sup>

Det er klart at pensjonsordninger etter foretakspensjonsloven og innskuddspensjonsloven er kollektive ordninger som omfattes av bestemmelsen. Se definisjonen av ”medlem” i foretakspensjonsloven §1-2 (2)c) jfr. §1-2 (1)b) og innskuddspensjonsloven §1-2 j) jfr. §1-2 n).<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.259.

<sup>80</sup> NOU 2004: s.371 og Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.259.

<sup>81</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.259.

<sup>82</sup> ODA art.34.

<sup>83</sup> Jakhell og Aune, s.1083.

Sondringen mellom kollektive og individuelle ordninger har vært gjenstand for flere tolkningsspørsmål. Hammerich og Wiese-Hansen tar i sin artikkel<sup>84</sup> til orde for en forståelse av at der kollektive ordninger utgjør en rettighet for den enkelte arbeidstaker, har den kollektive ordningen blitt en individuell rettighet. Resultatet blir da at den skal overføres etter hovedregelen i første ledd. Her sammenblandes trolig spørsmålet om det faktisk *er* en rettighet, med spørsmålet om rettigheten er knyttet til en individuell eller kollektiv pensjonsordning. Forståelsen Hammerich og Wiese-Hansen legger til grunn, ville medføre at bestemmelsen om pensjonsunntaket da blir uten mening, ettersom enhver rettighet som bygger på en kollektiv ordning da ville følge hovedregelen i første ledd om rettighetsoverføring. Der man ikke har en rettighet i forhold til den kollektive pensjonsordningen, står arbeidsgiver uansett fritt til å endre, jfr. ovenfor under punkt 3.1.2. Det er klart at den enkelte må ha en rett til den kollektive pensjonsordningen for at spørsmålet om endringsadgang skal reise seg. Men dersom rettigheten bygger på en kollektiv pensjonsordning, vil den i utgangspunktet falle inn under tredje ledd, selv om den enkelte arbeidstaker har en rettighet i henhold til ordningen. Se også Berghs omtale av problemstillingen.<sup>85</sup>

Selv med denne misforståelsen ryddet av veien, er det ikke åpenbart hvordan grensen mellom en individuell og en kollektiv ordning skal trekkes i praksis. Vilklårene for å være medlem i ordningen er et naturlig utgangspunkt for vurderingen. Kollektive pensjonsordninger må bygge på *objektive kriterier* for medlemskap, slik at alle som oppfyller disse kriteriene, vil være med i ordningen.<sup>86</sup> En naturlig følge av dette er at det ikke skal være mulig å forhandle seg inn i ordningen på individuell basis dersom man ikke fyller vilklårene. Åpner man for dette, vil ikke vilklårene for medlemskap være objektive. Det må etter en språklig forståelse også være mer enn én arbeidstaker som er omfattet av ordningen. For å få en nærmere veiledning i spørsmålet om hva som skal til for å anse ordningen kollektiv, skal vi i det følgende gjennomgå hvordan uttrykket benyttes i annen lovgivning og praksis.

---

<sup>84</sup> Hammerich, s.90-108.

<sup>85</sup> Bergh 2004 s.200. Se også Evju 2005 s.16.

<sup>86</sup> Jakhelln og Aune, s.1083.

I forsikringsmessig sammenheng benyttes begrepet kollektive ordninger.  
Forsikringsavtaleloven (fal.) definerer kollektiv forsikring i §1-2(d) som:

”Forsikring hvor rettigheter og plikter for medlemmene av en gruppe blir fastlagt gjennom en avtale som forsikringstakeren inngår på vegne av eller til fordel for medlemmene. I tvilstilfeller avgjør Kongen om en forsikring er kollektiv,”

Under personforsikringsdelen i fal. §10-2(g) defineres kollektiv forsikring som:

”forsikring som omfatter personer i en nærmere angitt gruppe, og eventuelt deres ektefelle, barn e.l.. I tvilstilfelle avgjør Kongen om en forsikring er kollektiv.”

Kompetansen til å avgjøre om en ordning er å anse som kollektiv er i res. 1241/1989 delegert til Kredittilsynet. Kredittilsynet har uttalt at vilkårene for å anse en forsikringsordning som kollektiv, blant annet er at gruppen som forsikres er bestemt av generelle regler, slik at individuell utvelgelse i prinsippet ikke kan finne sted, og at den gruppevis, obligatoriske tilslutning muliggjør en kollektivt beregnet ytelse.<sup>87</sup>

I forbindelse med vurderingen av hvilke pensjonsordninger som er skattefaviserte, er det et sentralt vilkår at ordningen er kollektiv.<sup>88</sup> Man kan finne kollektive ordninger som ikke er skattefaviserte, og grensen er dermed ikke nødvendigvis sammenfallende, men de momenter som myndighetene i praksis legger til grunn ved vurderingen av hvilke ordninger som er å anse som kollektive, kan gi veiledning.

I Lignings- ABC 2005 s. 491, uttaler Skatteetaten følgende om vilkårene for å anse livrenteordninger som kollektive:

”Som kollektiv livrente regnes i denne sammenheng bare forsikringsordninger hvor forsikringsavtalen inneholder klart definerte objektive vilkår for medlemskap i forsikringsordningen. Ordningen må være generell og omfatte alle som fyller vilkårene. Videre må vilkårene være de samme for alle som

---

<sup>87</sup> Kredittilsynets uttalelse av 4. februar 2003.

<sup>88</sup> Se skattelovens §6-46 som viser til foretaks- og innskuddspensjon. Skatteloven §5-41.

er medlemmer av ordningen. Se FIN i Utv 1996/398.” [...]”En livrenteordning som skal behandles som en kollektiv livrente skattemessig sett, må i utgangspunktet avgrenses til ansatte hos samme arbeidsgiver (foretak), se FIN i Utv. 2002/883. Unntaksvis kan man likevel skattemessig godta kollektive livrenter i konsernforhold, se FIN i Utv. 2003/580.”

I uttalelsen fra finansdepartementet, 1996/398, legges følgende forståelse til grunn:

”For å kunne anses som en kollektiv livrente i skattemessig sammenheng antar departementet at forsikringsordningen må være obligatorisk. Dette innebærer at forsikringsavtalen må inneholde klart definerte objektive vilkår for medlemskap. Ordningen må være generell og omfatte alle som fyller vilkårene. Som foran nevnt er det imidlertid ikke nødvendig at ordningen omfatter alle ansatte i bedriften. Forsikringsavtaler som i realiteten ikke har et objektivt tilsnitt i vilkårene for medlemskap i ordningen må anses som individuelle livrenter.”

De ovennevnte uttalelser er i utgangspunktet ikke rettskilder med spesielt stor vekt, ettersom de gjelder tolkningen av andre bestemmelser, med noe annet formål. I mangel av andre momenter vil disse uttalelsene imidlertid kunne gi en viss veiledning. Se ovenfor under punkt 1.4.4.

Under behandlingen av ISS-saken<sup>89</sup> vurderte tingretten hvorvidt den aktuelle pensjonsordningen var individuell eller kollektiv. Det konkluderes etter en konkret vurdering med at pensjonsordningen var en individuell rettighet for de ansatte. Momentene tingretten la vekt på, var at ordningen kun omfattet en begrenset gruppe og at ordningen ikke ville kunne omfatte flere enn de som var tilknyttet nå. Dette fordi kriteriene for medlemskap gjenspeilet ”at hensynet til konkret rimelighet og individet har stått sentralt”. Tingretten fremhevet at ordningen ble videreført som en lukket ordning, og at dette var et argument som talte mot å anse pensjonsordningen som kollektiv. En lukket ordning innebærer at de som p.t. er medlem av ordningen, fortsetter som før, mens ingen flere kan komme inn i ordningen. Tingretten antar imidlertid at dette i seg selv ikke kan være til hinder for å anse en ordning som kollektiv, så lenge ordningen faktisk var kollektiv da medlemmene kom inn i ordningen. Se omtale av dommen nedenfor under punkt 4.6

---

<sup>89</sup> TOSLO 2005-26013.

Hvordan pensjonsordningen er finansiert, har ingen betydning for om ordningen er å anse som kollektiv.<sup>90</sup>

Ettersom unntakene i §16-2 (3) er den nye praktiske hovedregel - det nye pensjonsunntaket, vil det fortsatt være av stor betydning å avgjøre hvilke ordninger som faller innenfor og hvilke som faller utenfor bestemmelsens tredje ledd, jfr. nedenfor under punkt 4.4. Faller pensjonsordningen utenfor tredje ledd, overføres de aktuelle rettigheter etter §16-2 (1), og pensjonsunntaket vil derfor ikke kunne komme til anvendelse på disse pensjonsordningene. Se ovenfor punkt 4.1.

#### 4.3.2 Retten til fremtidig opptjening overføres

Endringen i 2005-loven knyttet til pensjonsrettigheter var hovedsak at unntaket fra utgangspunktet om rettighetsoverføring - pensjonsunntaket, ble fjernet som hovedregel. Utgangspunktet om rettighetsoverføring etter §16-2 (1), rettighetsbegrepets innhold, samt utgangspunktet om at erverver ikke blir bundet i større utstrekning enn det opprinnelig arbeidsgiver var, ligger fast.<sup>91</sup> Se ovenfor under punkt 4.2.4.

Det nye utgangspunkt for pensjonsordningene er nå etter aml. §16-2 (3) at ”Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd.” Retten til fremtidig opptjening i gjeldende pensjonsordning følger nå etter lovens hovedregel med ved virksomhetsoverdragelsen etter reglene i §16-2 (1). Dette omtales som den speilvendte hovedregel, jfr. nedenfor punkt 4.4.4.

Tariffbaserte ordninger overføres etter §16-2 (2), se nedenfor punkt 4.5.

---

<sup>90</sup> Jakhell og Aune s.1083.

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 256 flg.

#### 4.4 Unntakene fra hovedregelen om overføring av pensjonsordningen

##### 4.4.1 Generelt

Fra det nye og motsatte utgangspunkt som omtales ovenfor, gjør imidlertid aml. §16-2 (3) to viktige unntak. Det første unntaket er at "[n]y arbeidsgiver kan velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende for de overførte arbeidstakerne." Dette behandles nedenfor under punkt 4.4.2. Det andre unntaket gjelder for de mer opplagte tilfeller der "arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen". Dette behandles nedenfor under punkt 4.4.3.

##### 4.4.2 Unntak der arbeidsgiver har pensjonsordning fra før

Det første unntaket innebærer at arbeidsgiver kan gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende. Unntaket er meget praktisk, og spesielt aktuelt etter innføringen av OTP. Dette fordi praktisk talt alle bedrifter med ansatte har en pensjonsordning som følge av OTP, se ovenfor under punkt 2.2.3. Dette unntaket har så stor praktisk betydning, at det kan omtales som den nye praktiske hovedregel – det nye pensjonsunntaket. Se nedenfor i dette punkt, samt under punkt 4.4.4.

Underutvalget i Arbeidslivslovutvalget, som behandlet pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse, anbefalte i sin konklusjon en lovtekst som innebar at pensjonsordningen primært skulle overføres. Alternativt kunne ny arbeidsgiver etablere "en pensjonsordning som gir *tilsvarende* pensjonsrettigheter"<sup>92</sup> som den opprinnelige ordningen. Ordet "tilsvarende" var muligens ikke ment å innebære et krav på identisk pensjonsordning, men det inneholder et kvalitativt krav til pensjonsordningen. Det kan ut fra ordlyden, og hensynet Underutvalget anførte, nemlig vern av rettighetene, være naturlig å forstå ordet "tilsvarende" som i alle fall å innebære at den nye arbeidsgivers pensjonsordning ikke kunne skille seg vesentlig fra den de overførte arbeiderne opprinnelig hadde. I Arbeidslivslovutvalgets innstilling<sup>93</sup> vurderer departementet hvordan dette unntaket skal utformes, og utvalgets flertall fremmer forslag som ikke innebærer ordet "tilsvarende". Arbeidslivslovutvalgets forslag til bestemmelse vedtas

---

<sup>92</sup> Min uthevning. ALLU-U av 22.mars 2002 s.19 flg.

<sup>93</sup> NOU 2004:5, kap.16.5.7.

uendret.<sup>94</sup> Det begrunnes ikke spesifikt hvorfor ordet ”tilsvarende” ble utelatt, men flertallet mente at ”det bør være adgang for den nye arbeidsgiveren til å tilpasse ordningen for de overførte arbeidstakerne til den ordning som gjelder for de øvrige ansatte”<sup>95</sup> Et mindretall ønsket at ordningen måtte være ”likeverdig”<sup>96</sup>, altså et kvalitativt krav, slik Underutvalget foreslo. Dette ble, som det fremkommer av lovtekste, ikke inntatt i loven.

Unntaket kan ut i fra sin ordlyd, samt lovgivers begrunnelse for unntaket, kunne tenkes å ha visse begrensninger. Unntaket gjelder for ”allerede eksisterende” ordning, og hensikten med unntaket er å la arbeidsgiver slippe de praktiske problemer som vil følge av at bedriften må administrere ulike pensjonsordninger for de ansatte.<sup>97</sup> I en situasjon hvor en arbeidsgiver uten eksisterende pensjonsordning oppretter en pensjonsordning i forkant av en virksomhetsoverdragelse, for å ha en minimumsordning for de ansatte som kommer som følge av virksomhetsoverdragelsen vil denne muligens kunne tilsidesettes som en ikke ”allerede eksisterende” ordning. Denne situasjonen kan oppstå, også etter innføringen av OTP, for eksempel ved at et selskap uten ansatte, for eksempel et holdingselskap, kjøper opp en bedrift med ansatte. Det forutsettes at overdragelsen faller inn under reglene om virksomhetsoverdragelse. Dersom holdingselskapet for eksempel ansetter to personer administrativt, for så å opprette en pensjonsordning som tilfredsstiller minimumskravene etter OTP, vil de nye ansatte kunne innlemmes i denne. Det vil kunne ha reelle hensyn for seg at domstolene kan tilsidesette slike omgåelsesmotiverte disposisjoner, som svekker arbeidstakers rettighetsvern. Man kan ut fra dette synspunkt hevde at unntaket om ”allerede eksisterende” ordning bør tolkes slik at den eksisterende ordningen ikke skal være opprettet kun for å kunne benytte pensjonsunntaket.

Etter innføringen av OTP innebærer kravet til pensjonsordning at det skal være alderspensjonen, mens det *kan* være etterlatte- eller uførepensjon.<sup>98</sup> Man kan da få en situasjon hvor arbeidstaker opprinnelig hadde alders-, etterlatte-, og uførepensjon, men etter overføringen kun har en alders- og enten etterlatte- eller uførepensjon i erververs pensjonsordning. Den nye ordningen er da klart kvalitativt dårligere. Det kan også kanskje hevdes at den ordningen som mangler hos ny arbeidsgiver, skal videreføres etter §16-2 (3). Dersom ny arbeidsgiver for eksempel ikke har uførepensjonsordning, har bedriften ingen uførepensjonsordning å innlemme de nye arbeidstakerne i. Om arbeidstakerne har

---

<sup>94</sup> NOU 2004:5 s.529 og Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.369.

<sup>95</sup> NOU 2004:5 s.382.

<sup>96</sup> NOU 2004:5 s.383.

<sup>97</sup> NOU 2004:5 s.380.

<sup>98</sup> Lov om obligatorisk tjenstepensjon § 2, jfr. foretakspensjonsloven § 2-1 og innskuddspensjonsloven §§ 2-3 og 2-4.



krav på å få videreført den ordningen som ny arbeidstaker har, vil bero på en tolkning av begrepet ”pensjonsordning” i § 16-2 (3). Tolkes pensjonsordning som hele ordningen under ett, vil man si at ordningen kun er kvalitativt dårligere, og at arbeidstaker derfor er tvunget til å godta endringen. Kommer man derimot til at hvert av elementene er å anse som en ordning, altså at alderspensjonen er én pensjonsordning, etterlattepensjonen er én ordning og uførepensjonen er én ordning, vil man kunne argumentere for at den ordningen som mangler, skal videreføres etter § 16-2 (3). Jeg ser det imidlertid som svært tvilsomt om sistnevnte forståelse kan legges til grunn, og går derfor ut i fra at man vil kunne beskjære pensjonsordningen i dette tilfellet.

Resultatet av forslaget ble at unntaket ikke innebærer noe kvalitativt krav til ordningen, og at det derfor i praksis kan benyttes i alle tilfeller der erververen har pensjonsordning. Se også nedenfor punkt 4.4.4

#### 4.4.3 Unntaket for ikke-overførbare ordninger

Det andre unntaket gjelder for ordninger som ikke kan videreføres. Lovgiver forutsetter i forarbeidene at dette i hovedsak vil omfatte overføringer mellom offentlig og privat sektor.<sup>99</sup> I bestemmelsen er det fastslått at dersom ordningen ikke kan overføres, ”*skal ny arbeidsgiver sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning.*” Det stilles heller ikke her kvalitativt krav til at den nye ordningen skal være ”tilsvarende”.<sup>100</sup>

Unntaket for ordninger som ikke er overførbare, kan også komme til anvendelse i forhold til virksomhetsoverdragelse over landegrenser, men det faller utenfor oppgaven å gjøre nærmere rede for dette, jfr. ovenfor under punkt 1.2.2.

#### 4.4.4 Hvilken realitet er det i den speilvendte hovedregel

Da arbeidene med nye regler for overføring av pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse startet, tok Underutvalget i ALLU som nevnt til orde for at pensjonsunntaket ikke hadde tilstrekkelig begrunnelse i norsk rett, altså at det burde

---

<sup>99</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.263.

<sup>100</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.339.

fjernes.<sup>101</sup> Det ble påpekt at begrunnelsen for unntaket i direktivteksten var de ulike praktiseringene av pensjonsordninger i de ulike landene, og de praktiske problemer man ville påføre ved å fremtvinge likartede regler. Denne begrunnelsen er etter Underutvalgets oppfatning ikke holdbar i Norge ettersom det er praktisk mulig å pålegge en videreføring av pensjonsordningene. Spesielt etter innføringen av lov om innskuddspensjon og lov om foretakspensjon i 2000, har de praktiske barrierene for overføring av pensjonsordning blitt overkommelige i de fleste tilfeller.<sup>102</sup> Dette argument er nå ytterligere styrket etter innføringen av lov om obligatorisk tjenestepensjon. I tillegg viser lovgiver til at de øvrige nordiske land ikke har noe tilsvarende unntak, og at hensynet til å innarbeide likartede regler derfor også taler for å oppheve unntaket.<sup>103</sup>

Underutvalget anbefalte på bakgrunn av dette å snu hovedregelen og gi arbeidstakerne krav på å få videreføre pensjonsordningen, eventuelt at arbeidstaker skulle få en *tilsvarende* ordning som erstatning.

Som omtalt ovenfor under punkt 4.4.2 ble imidlertid det kvalitative kravet til ”tilsvarende” ordning ikke inntatt i aml. §16-2 (3). Ettersom praktisk talt alle bedrifter vil ha en pensjonsordning etter innføringen av OTP, se ovenfor under punkt 2.3.3, vil derfor alle arbeidsgivere ha en pensjonsordning å innlemme de nye arbeidstakerne i.

Resultatet av dette er at den speilvendte hovedregel etter min oppfatning får svært liten praktisk betydning. Lovens nye hovedregel om overføring av pensjonsrettighetene er kun den tilsynelatende hovedregel, ettersom det omtalte unntaket i praksis vil omfatte de fleste virksomhetsoverdragelse. Det kan da hevdes at ordlyden i bestemmelsen ikke gir den rettsendring, med hensyn til å gi arbeidstakernes pensjonsrettigheter økt beskyttelse, som lovgiver ønsket å gjennomføre, slik det fremkommer av forarbeidene.

---

<sup>101</sup> ALLU-U, s.19.

<sup>102</sup> NOU 2004:5 s.380.

<sup>103</sup> NOU 2004:5 s.381.

## 4.5 Spesielt om tariffestede pensjonsordninger

### 4.5.1 Generelt

Hovedregelen i forhold til spørsmålet om tariffavtaler overføres ved virksomhetsoverdragelse, er snudd i den nye arbeidsmiljøloven. Nå følger det av aml. §16-2 (2) at tariffavtalene overføres, med mindre ny arbeidsgiver reserverer seg mot dette innen tre uker etter overdragelsestidspunktet. Tidligere var hovedregelen at ny arbeidsgiver ikke ble bundet av tariffavtalene som tidligere arbeidsgiver var bundet av. En nærmere redegjørelse for denne bestemmelsen faller utenfor oppgavens tema, så det vises her til generelle fremstillinger av emnet.<sup>104</sup>

Arbeidsmiljøloven §16-2 (3) fastslår at rettigheter i henhold til kollektiv tjenestepensjon, overføres *"etter reglene i første og andre ledd"*. Første ledd gir hovedregelen om rettighetsovergang for individuelle rettigheter, mens andre ledd regulerer overføring av tariffavtale. Etter en alminnelig forståelse av den siterte formuleringen fra tredje ledd, vil dette medføre at kollektive pensjonsrettigheter forankret i tariff overføres etter reglene i andre ledd, mens øvrige pensjonsrettigheter overføres i henhold til første ledd. Dette ville jo også være resultatet dersom tredje ledd ikke eksisterte, men sontringen av hvilke ordninger som omfattes av tredje ledd, er tross dette relevant. Dette fordi unntaksbestemmelsene som følger videre av tredje ledd, har stor praktisk betydning, se ovenfor under punkt 4.4.

Et særskilt spørsmål kan reises om forholdet mellom aml. §16-2, 2. og 3. ledd, altså pensjonsunntaket benyttet på kollektive ordninger. Spørsmålet oppstår dersom man står ovenfor en kollektiv pensjonsordning som etter 3. ledd kan unntas fra hovedregelen om rettighetsoverføring, men som er tariffbasert. Spørsmålet er da om ordningen kan unntas fra overføring etter unntakene i 3. ledd, eller om den da overføres etter 2. ledd og ny arbeidsgiver derfor innen tre uker må reservere seg mot dette.

Begge bestemmelsene er på sin måte spesialbestemmelser. 3. ledd er *lex specialis* for pensjonsrettigheter, mens 2. ledd er *lex specialis* for tariffestede rettigheter. Slik

---

<sup>104</sup> Fougner og Holo s.959 flg. og Jakhelln 2006 s.518 flg.

ordlydens systematikk synes oppbygd, vil 2. ledd regulere tariffavtalen som sådan, mens 3. ledd spesielt gjelder for pensjonsrettigheter, også der disse er tariffestede. Hvorvidt det er adgang til å kun unnta pensjonsrettigheter fra en overføring av tariffavtale vil også bero på en nærmere tolkning av tariffavtalen og de tariffrettslige regler.

#### 4.5.2 Særlige spørsmål i forhold til AFP

Dersom tidligere og ny arbeidsgiver er tilknyttet AFP-ordningen, følger det av aml. §16-2 3. ledd jfr. 2. ledd og AFP-ordningens vedtekter §6 (5)<sup>105</sup>, at arbeidstakernes rettigheter ikke endres.

Uklarhetene i forhold til AFP reiser seg der opprinnelig arbeidsgiver var omfattet av AFP-ordningen, mens den nye arbeidsgiver ikke ønsker å tilknytte seg ordningen.

Først må man ta stilling til om AFP-ordningen omfattes av tredje ledd. Det er i forarbeidene til ny arbeidsmiljølov forutsatt at førtidspensjonsordninger ikke er omfattet av pensjonsunntaket.<sup>106</sup> Hva som regnes som førtidspensjon må vurderes i forhold til normal pensjonsalder for den aktuelle gruppen.<sup>107</sup> Dersom det er en generell førtidspensjonsordning som fastsetter den normale pensjonsalder for en gruppe arbeidstakere, er denne ordningen i følge EF-domstolen ordningen omfattet av pensjonsunntaket.<sup>108</sup>

I forhold til spørsmålet om AFP er en kollektiv tjenstepensjonsordning som er omfattet av pensjonsunntaket, eller en førtidspensjonsordning som faller utenfor, uttalte lovgiver følgende før lovrevisjonen i 2005:

”Det kan spørres hvordan AFP-ordningen stiller seg i forhold til pensjonsunntaket. AFP er en form for førtidspensjonsordning, noe som etter Beckmann-dommen kan tale for at den ikke omfattes av

---

<sup>105</sup> Vedtektene §6 (5).

<sup>106</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.59.

<sup>107</sup> Jakhelln og Aune s.1084.

<sup>108</sup> C-164/00 (Katia Beckmann) og C-4/01 (Serene Martin).

pensjonsunntaket i direktivet. På den annen siden har den store likheter med folketrygdens alderspensjon når det gjelder sammensetning av ytelselementer og nivå.”

Lovgiver ser altså problemstillingen knyttet til AFP, men konkluderer ikke i forhold til spørsmålet.

Dersom man konkluderer med at ordningen er en førtidspensjonsordning som ikke omfattes av tredje ledd, vil den uansett omfattes av andre ledd. Dette medfører at erververen kan reservere seg mot å tre inn i tariffavtalen, se ovenfor punkt 4.5.1. Der arbeidstakerne har individuelle rettigheter etter tariffavtalen, vil disse imidlertid uansett overføres etter hovedregelen i 1. ledd, se ovenfor.<sup>109</sup>

Dersom nye arbeidsgiver ikke er bundet av tariffavtale hvor AFP-ordningen inngår, vil ordningen ikke kunne videreføres uendret, fordi regelverket forutsetter at både arbeidstaker og arbeidsgiver er bundet av den aktuelle tariffavtalen. Se foretakspensjonsloven §3-10 og AFP-vedtektene. Spørsmålet blir da om ordningen ikke kan videreføres jfr. aml. § 16-2 (3), og om ny arbeidsgiver da i så fall plikter å opprette en alternativ førtidspensjonsordning.<sup>110</sup>

#### 4.6 Fusjon – rekkevidden av det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp

Virksomhetsoverdragelse som følge av fusjon etter aksjeloven (asl.) reiser spørsmål om aksjelovens eller arbeidsmiljølovens regler gjelder for overføring av pensjonsrettighetene. Asl. §13-2 gir uttrykk for det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp.<sup>111</sup> Prinsippet innebærer at alle eksisterende rettigheter og forpliktelser overføres uendret til det nye selskapet.<sup>112</sup> Dersom man benytter pensjonsunntaket i aml. §16-3 (3) på fusjonstilfellene vil dette i så fall beskjære det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp.

---

<sup>109</sup> For en nærmere vurdering av disse spørsmål, se Fougner og Holo s. 959 flg., med videre henvisninger.

<sup>110</sup> Se Jakhelln og Aune om disse spørsmålene s. 1084 flg.

<sup>111</sup> Allmennaksjeloven bygger på tilsvarende regler, men dette omtales som aksjelovens regler her.

<sup>112</sup> Andenæs s.441.

Lovgiver omtaler spørsmålene ved innføringen av ny arbeidsmiljølov i NOU 2004:5 på side 373 flg. Problemstillingen reises uten at det trekkes konklusjoner, men lovgiver antyder her muligheten for å anse arbeidsmiljølovens regler som *lex specialis*, som derfor skal gå foran det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp. Det uttales også at forarbeidene til aksjeloven burde presisert at arbeidsmiljølovens pensjonsunntak ikke får anvendelse ved fusjoner, dersom dette var meningen. Det vises til forarbeidene til aksjeloven, hvor det fastslås at arbeidsavtalene overføres uten at forholdet til pensjonsrettighetene omtales særskilt. Det fremkommer at vernet av de ansatte forutsettes regulert i arbeidsmiljølovens kapittel XII A.<sup>113</sup>

Lovavdelingen sier om spørsmålet i en uttalelse av 18. august 1995, ref. 95/3877-E, at ”det ikke [er] tvilsomt at ved en eventuell motstrid mellom de rettsvirkninger som følger av aksjelovens fusjonsregler og de rettsvirkninger som følger av arbeidsmiljøloven §73 B nr.3, må aksjelovens regler gå foran.” Konklusjonen er ubegrunnet og noe unyansert. Uttalelsen har derfor etter min oppfatning liten rettskildemessig betydning.

Holo<sup>114</sup> konkluderer med at pensjonsunntakene i aml. også må gjelde ved fusjoner. Han begrunner dette med å vise til ”det tredje selskapsdirektiv”<sup>115</sup>, som igjen viser til 1977-direktivet<sup>116</sup>, og presiserer at vernet av kreditorene reguleres i 1977-direktivet. I denne sammenheng er de ansatte kreditor, det er de som har et krav mot arbeidsgiver i form av et krav på fremtidig opptjening.

Ved vurderingen av de reelle hensyn, og hva som vil være den hensiktsmessige løsning, vil de samme argumenter som ved drøftelsen for og imot selve pensjonsunntaket gjøre seg gjeldende. Hensynet til å bevare arbeidstakernes rettigheter, også underbygget av kontinuitetsprinsippet, mot de praktiske problemer arbeidsgiver blir påført ved å måtte overta pensjonsordningen. Dette er momenter lovgiver har vurdert forut for innføringen

---

<sup>113</sup> NOU 2004:5 s.374, jfr. Ot.prp.nr.19(1974-1975) s.201 og 204, og Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.169 flg.

<sup>114</sup> Fougner og Holo s.913, jfr. s.971.

<sup>115</sup> Rådsdirektiv 78/885/EØF, art.54, §3 g).

<sup>116</sup> Rådsdirektiv 77/187/EØF.

av arbeidsmiljølovens regler på området, men dette er ikke drøftet særskilt i forhold til aksjelovens regler.<sup>117</sup> Etter min oppfatning er det nå naturlig å fastholde at arbeidsmiljølovens regler er best egnet til å regulere spørsmålet. Dette vil dessuten gi størst forutberegnelighet for pensjonsrettighetenes stilling, og man slipper de praktiske problemer som vil følge, for eksempel i forhold til ikke-overførbare ordninger, som vil oppstå dersom man skulle legge aksjelovens kontinuitetsprinsipp til grunn.

Spørsmålet om rekkevidden av aksjelovens kontinuitetsprinsipp kontra arbeidsmiljølovens regler, var oppe i Oslo tingrett dette år i ISS-saken.<sup>118</sup> Oslo tingrett kom her til at aksjelovens kontinuitetsprinsipp går foran pensjonsunntaket i aml., og arbeidstakerne fikk således medhold i sitt krav om også å få beholde de kollektive pensjonsordningene som var omfattet av pensjonsunntaket. Dommen er påanket, og saken er derfor ikke rettskraftig avgjort. Jeg anser ikke tingrettens dom for å gi noen rettskildemessig avklaring av dette spørsmålet.

I ISS-saken ble et selskap innfusjonert i ISS Facility Services AS. Fusjonen falt inn under arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelse. Det var en rekke selskapsrettslige overføringer forut for denne fusjonen, men spørsmålet av interesse her, var hvorvidt de kollektive ordningene, som kunne unntas som følge av virksomhetsoverdragelsen etter dagjeldende aml. §73 B, uansett måtte overføres som følge av aksjelovens kontinuitetsprinsipp. Tingretten viser til at verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis har avklart spørsmålet, men at juridisk teori trekker i retning av at det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp går foran. Det vises her til at direktivet som de norske reglene om virksomhetsoverdragelse bygger på, ikke hindrer gunstigere nasjonal rett, og ikke var ment å beskjære arbeidstakeres rettigheter, men sikre minimumsrettigheter. Se for øvrig om dette under punkt 4.2. Etter min oppfatning er de hensyn retten avslutningsvis trekker frem som støtte for sitt standpunkt, ikke argumenter for å la aksjelovens kontinuitetsprinsipp gå foran pensjonsunntaket, men snarere hensyn mot å opprettholde pensjonsunntaket. Dette blir etter min oppfatning et annet spørsmål, som lovgiver har tatt stilling til i forbindelse med ny arbeidsmiljølov. Se ovenfor under punkt 4.2.4.

Problemstillingen om forholdet mellom det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp og arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelse, har også blitt drøftet i tilknytning til overføring av tariffavtaler.

---

<sup>117</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.259 flg. og Ot.prp.nr.23(1996-1997) kap.11.

<sup>118</sup> TOSLO 2005-26013.

Disse ble som nevnt ovenfor ikke overført etter den gamle arbeidsmiljøloven. Jakhell<sup>119</sup> drøfter spørsmålet om tariffavtalene likevel overføres der virksomhetsoverdragelsen skjer ved fusjon, og konkluderer med at det vil være mest hensiktsmessig å anvende kontinuitetsprinsippet. Der er imidlertid ganske andre hensyn som gjør seg gjeldende for tariffavtaler enn for pensjonsordninger, så konklusjonen blir ikke nødvendigvis avgjørende for denne fremstillingen.

Det hevdes at fusjonsspørsmålet har noen særlig betydning etter innføringen av ny arbeidsmiljølov. Dette fordi pensjonsunntaket tilsynelatende er fjernet.<sup>120</sup> Mitt poeng er imidlertid at den praktiske hovedregel fortsatt er at det gjelder et pensjonsunntak, jfr. ovenfor under punkt 4.4.4. Da er fusjonsspørsmålet fortsatt aktuelt, selv om det muligens får et noe mindre praktisk omfang etter innføringen av OTP.

Spørsmålet om aksjelovens kontinuitetsprinsipp går foran arbeidsmiljølovens pensjonsunntak, må ansees uavklart. Men på bakgrunn av drøftelsen ovenfor, mener jeg under tvil at de beste grunner taler for å anse arbeidsmiljølovens regler om overføring av pensjonsrettigheter som *lex specialis*, som derfor går foran aksjelovens generelle kontinuitetsprinsipp.

## 5 Avslutning

Arbeidsgivers rettslige adgang til å endre pensjonsordningen styres i stor grad av hva som kan anses å være etablerte rettigheter for arbeidstakerne. Endringsadgangen er som det fremkommer av drøftelsen i oppgavens kapittel 3, relativt begrenset så lenge arbeidstakerne har en rettighet i forhold til pensjonsordningen. Det er imidlertid adgang til å foreta inngripende endringer i forbindelse med virksomhetsoverdragelse, slik vurderingen under oppgavens kapittel 4 viser. Her gjelder det etter min oppfatning fortsatt et pensjonsunntak, som er tilnærmet like viktig som pensjonsunntaket etter den gamle arbeidsmiljøloven. Hvor omfattende bruk det blir av unntaket for innlemmelse i

---

<sup>119</sup> Jakhell 2004, s.506 flg.

<sup>120</sup> Fougner og Holo s.971.



den nye arbeidsgivers eksisterende pensjonsordning - det nye pensjonsunntaket, vil først vise seg utover i neste år og videre fremover, når virksomhetsoverdragelsene foregår mens alle bedriftene har pensjonsordninger i henhold til OTP.

Det er for tiden et økende fokus på pensjonsrettigheter, noe som må sees som en positiv utvikling. Den økende bevisstgjøringen følger dels av at aktørene i pensjonsmarkedet tilpasser seg den nye situasjonen etter innføringen av OTP, og dels av at staten legger store ressurser i å reformere pensjonsordningene. Dette er en følge av at aktørene begynner å ta innover seg betydningen av de fremtidige pensjonsforpliktelsene som påhviler samfunnet vårt.<sup>121</sup> Når lovgiver gjør de nødvendige grep for å legge til rette for en hensiktsmessig og forsvarlig organisering av pensjonsordningene, bør dette møtes med tilsvarende engasjement hos arbeidstakere og arbeidsgivere. Pensjonsordningene kan vise seg å bli et nyttig instrument for arbeidsgivere som ønsker å være attraktive i en markedssituasjon som nå preges av lav arbeidsledighet. Arbeidstakere kan med fordel være mer bevisst sine interesser vedrørende egne pensjonsrettigheter, både ved inngåelse av arbeidsavtale og ved eventuelle endringer og omlegginger av pensjonsordningen i bedriften. Ved økt bevisstgjøring følger normalt et høyere presisjonsnivå i utformingen av avtalene som regulerer disse spørsmålene. På denne måten vil fremtidige pensjonsordninger kunne sikres bedre og gi økt forutberegnelighet både for arbeidstaker og arbeidsgiver.

---

<sup>121</sup> St.meld. nr.12(2004-2005) s.32 flg. og Ot.prp.nr.2005:15 s.29 flg.

## 6 Register

### Forkortelser

AFP	- Avtalefestet pensjon
ALLU	- Arbeidslivslovutvalget
Aml.	- lov om arbeidsmiljø, 17. juni 2005 nr. 62
ARD	- Dommer og kjennelser fra Arbeidsretten
EU	- Den Europeisk Union
EØS	- Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde
Fal.	- Forsikringsavtaleloven, 16. juni 1989 nr. 69
LO	- Landsorganisasjonen i Norge
NHO	- Næringslivets Hovedorganisasjon
NOU	- Norges offentlige utredninger
ODA	- Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (Vedlegg til EØS-avtalen)
OTP	- lov om obligatorisk tjenestepensjon, 21. desember 2005 nr. 124
Ot.prp.	- Odelstingsproposisjon
Rt.	- Norsk Rettstidende
Vedtektene	- Vedtekter for fellesordningen for avtalefestet pensjon
YS	- Yrkesorganisasjonens Sentralforbund

### Lovregister

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Arbeidstvistloven	Lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister.
Endringslov	Lov 27. november 1992 nr. 115 om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale. – Opphevet.
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.
Foretakspensjonsloven	Lov 24. mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon.
Forsikringsavtaleloven	Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler.
Forsikringsloven	Lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet m.v.
Gml. arbeidsmiljølov	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. – Opphevet.
Innskuddspensjonsloven	Lov 17. november 2000 nr. 80 om innskuddspensjon i arbeidsforhold.
Kommuneloven	Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.
Kredittilsynsloven	Lov 7. desember 1956 nr. 1 om tilsynet for kredittinstitusjoner, forsikringsselskaper og verdipapirhandel m.v.

Lov om obligatorisk tjenstepensjon	Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon.
Lov om statstilskott til ordninger for avtalefestet pensjon	Lov av 23. desember 1988 nr. 110
Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.

### **Forskrifter**

Forskrift 22. april 1997 nr. 374	om pensjonsordninger for kommunalt eller fylkeskommunalt ansatte
Forskrift 22. april 1997 nr. 375	om pensjonsordninger for folkevalgte i kommune eller fylkeskommune.

### **Offentlige dokumenter**

Ot. prp. nr. 19 (1974-1975)	Lov om aksjeselskaper
Ot.prp. nr. 71 (1992-1992)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale
Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)	Aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot.prp. nr. 47 (1998-1999)	Lov om foretakspensjon

Ot.prp. nr. 71 (1999-2000)	Om lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold (innskuddspensjonsloven).
Ot.prp. nr. 79 (2000-2001).	Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget
NOU 2005:15	Obligatorisk tjenestepensjon
St.meld. nr. 12 (2004-2005)	Pensjonsreform – trygghet for pensjonene.

## **Rettspraksis**

Rt. 1931 s. 81

Rt. 1931 s. 297

Rt. 1959 s. 515

Rt. 1959 s. 849

Rt. 1988 s. 276

Rt 1988 s. 295

Rt. 1995 s. 849	Keiserinnen-dommen
Rt. 1996 s. 1218	
Rt. 1997 s. 1965	Eidesund-saken
Rt. 2000 s. 610	
Rt. 2000 s 1273	
Rt. 2000 s. 1602	
Rt. 2000 s. 1689	
Rt. 2000 s. 1800	
Rt. 2001 s. 418	
Rt. 2001 s. 1193	
Rt. 2002 s. 1576	Haakon-dommen
Rt. 2006 s. 420	
LE 1992-02920	
LB 2000 s. 129	
RG 2003 s. 226	
TOSLO 2005-26013	ISS-saken

## **Arbeidsrettens avgjørelser**

ARD 1996 s. 136

ARD 2004 s. 163

## **Vedtekter**

Vedtekter for fellesordningen for avtalefestet pensjon – Hovednr. 62.

## **Direktiver**

Rådsdirektiv 77/187/EØF

Rådsdirektiv 78/885/EØF

Rådsdirektiv 98/50/EF

Rådsdirektiv 2001/23/EF

## **Andre EU-dokumenter**

Romatraktaten

Trakten om opprettelse av Det Europeiske  
Fellesskap.

COM (75) 429 final

Forarbeider til Rådsdirektiv 77/187/EØF

## **EFTA-domstolen**

Sak E-2/95, REC 1995-96 s. 1, Eidesund mot Stavanger Catering AS (Eidesund-saken)

## **Rettspraksis fra EF-domstolen**

Sak C-164/00

Katia Beckmann mot Dynamco Whichloe  
Macfarlane Ltd, Saml. 2002 I-04893

Sak C-4/01

Serene Martin mfl. mot UK, Saml. 2003 I-  
12859

## **Litteraturliste**

ALLU-U

Arbeidslivslovutvalget, Underutvalget, Pensjonsrettigheter ved  
virksomhetsoverdragelse, notat av 22. mars 2002.

Andenæs

Andenæs, Mads Henry, Aksjeselskaper og  
allmennaksjeselskaper, 1. utgave 1998.

Bergh

Bergh, Espen, Pensjonsrettigheter ved  
virksomhetsoverdragelse – hvilke forpliktelser påhviler ny  
arbeidsgiver?, Arbeidsrett 2004 nr. 3.

Eckhoff

Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 5. utgave 2001.

Evju, 2001

Evju, Stein, Endring av tjenestepensjon m.v., Moderne  
forretningsjus 2001.

Evju, 2005

Evju, Stein, Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger,  
Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 2, 2005.



Fougner, 2002	Fougner, Jan og Johan Kr. Ødegard, Styringsretten som grunnlag for å endre arbeidets innhold, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2002, s. 550 flg.
Fougner, 2004	Fougner, Jan, Adgang til partiell oppsigelse?, Arbeidsrett 2004 nr.1.
Fougner og Holo	Fougner, Jan og Lars Holo, Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave, 1. utgave, 2006.
Friberg, 1989	Friberg, Odd, Arbeidsmiljøloven med kommentarer, 4. utgave 1989.
Friberg, 1993	Friberg, Odd, Arbeidsmiljøloven med kommentarer, 5. utgave 1993.
Hagstrøm, 2003	Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, 1. utgave, 2003.
Hammerich	Hammerich, Peter og Klaus Henrik Wiese-Hansen, Individuelle pensjonsrettigheter i virksomhetsoverdragelser – arbeidsmiljøloven §73 B nr. 1 og 3, Arbeidsrett 2004 nr. 2.
Jakhelln, 2001	Jakhelln, Henning, Den rettslige karakter av en sykekasseordning – Jernbanens Sykekasse, artikkel, 2001. (publiser i Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/2002.)
Jakhelln, 2004	Jakhelln, Henning, Oversikt over arbeidsretten, 3. utgave, 2004.
Jakhelln, 2006	Jakhelln, Henning, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave, 2006.

Jakhelln og Aune	Jakhelln, Henning og Helga Aune (red.), Arbeidsrett.no. Kommentarene til arbeidsmiljøloven, 2. utgave, 2006.
Nerdrum	Nerdrum, Kaare og Svein Aage Valen, Virksomhetsoverdragelse og pensjon, Arbeidsrett 2005 nr. 3.
Sejersted	Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole Andreas Rognstad, mfl., EØS-rett, 2. utgave, 2004.
Aagaard	Aagaard, Erik C., Om uttrykket ”endringsoppsigelser”, Arbeidsrett 2005 nr. 4.
Woxholth	Woxholth, Geir, Avtalerett, 1. utgave, 2003.